

**AXIOLOGÍA JURÍDICA:
LA LITERATURA COMO REFLEJO DEL SISTEMA JURÍDICO DE UN ESTADO**



SANDRA MARCELA JARAMILLO RAMÍREZ

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PEREIRA
FACULTAD DE CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN
LICENCIATURA EN ESPAÑOL Y LITERATURA
2017**

**AXIOLOGÍA JURÍDICA:
LA LITERATURA COMO REFLEJO DEL SISTEMA JURÍDICO DE UN ESTADO**



SANDRA MARCELA JARAMILLO RAMÍREZ

**Trabajo de grado para optar al título de
Licenciada en Español y Literatura**

**Mag. Rodrigo Argüello G.
Director del Proyecto de Grado**

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PEREIRA
FACULTAD DE CIENCIAS DE LA EDUCACIÓN
LICENCIATURA EN ESPAÑOL Y LITERATURA
2017**

A Tomás por ser mi luz y esperanza.

A mis padres por su amor y apoyo incondicional.

Nota de Aceptación

Jurado

Jurado

RESUMEN

La axiología jurídica se encuentra implícita en todas las esferas del ser humano y en todos los aspectos de su vida diaria, así sean imperceptibles y no genere una conciencia sobre la misma, se encuentran presentes. Los valores jurídicos son la base y fundamento de la estructura social y política del Estado, dando a conocer la forma de los mismos. La literatura, por ejemplo, descubre dichos valores permitiendo rastrear, de algún modo, parte de la historia de una sociedad. La literatura recrea, describe, desarrolla y devela las relaciones entre las sociedades, pero sobre todo su realidad; tiene la gran bondad de descubrir mundos y realidades diversas, pero dentro de una estética, que marca la diferencia frente a otros textos o discursos.

En otras palabras, la literatura pone al descubierto grandes tesoros históricos, políticos, sociales, culturales, entre otros, que indistintamente de ser agradables o no, permite a los lectores conocer aquello que no vivieron, u observarlo desde una perspectiva diferente. Asimismo, la literatura contiene los elementos y las claves que llevan a entender cómo se han estructurado las sociedades, el Estado y los hombres, permitiendo conocer el pasado, entender el presente y vaticinar el futuro; en la literatura se rastrean los valores, los conflictos, los pensamientos, la forma de ser y de vivir de las sociedades.

De manera que, dar a conocer, analizar y estudiar los valores jurídicos que se albergan en la literatura, posibilitan a quien se acerca a ella, generar conciencia de cómo se han construido las sociedades, el estado y la realidad que es conocida y vivida; es también de vital importancia, un estudio multidisciplinar que permita el acercamiento de diversas ciencias que desde su particularidad proporcionan validos aportes teniendo el mismo punto de encuentro: el hombre y su humanización. Por tanto, la literatura y el derecho son ciencias humanas y sociales que construyen una mejor sociedad, un mejor gobierno y Estado, pero sobre todo: un mejor ser humano.

SUMMARY

The juridical axiology is implicit in all spheres of the human being and in all the aspects of their daily life, so imperceptible and does not generate a conscience on the same, they are present. Legal values are the basis and foundation of the social and political structure of the State, making known the form of the same. Literature, for example, discovers these values allowing to trace, in some way, part of the history of a society. Literature recreates, describes, develops and unveils relationships between societies, but above all their reality; has the great goodness to discover worlds and diverse realities but within an aesthetic, that marks the difference in front of other texts or speeches.

In other words, literature reveals great historical, political, social, cultural, and other treasures that, whether indifferent to being pleasant or not, allow readers to know what they did not live, or to observe it from a different perspective. Likewise, the literature contains the elements and keys that lead to understand how societies, the State and men have been structured, allowing to know the past, to understand the present and to predict the future; in the literature, values, conflicts, thoughts, the way of being and living of societies are traced.

Thus, to make known, analyze and study the legal values that are lodged in the literature, make it possible for those who approach it to generate awareness of how societies, the state and the reality that is known and lived have been constructed; it is also of vital importance, a multidisciplinary study that allows the approach of several sciences that from their particularity provide valid contributions having the same meeting point: the man and his humanization. Therefore, literature and law are human and social sciences that build a better society, a better government and state, but above all: a better human being.

TABLA DE CONTENIDO

1. ANTECEDENTES.....	8
1.1. Historia del Derecho.....	8
1.2. Historia de la Literatura.....	13
2. AXIOLOGÍA JURÍDICA	18
2.1. Justicia ¿Realidad o utopía?.....	20
2.2. Igualdad	25
2.3. Libertad	27
2.4. Moral	30
3. DERECHO Y LITERATURA	35
3.1. Desarrollo histórico del Movimiento <i>Law and Literature</i>	37
3.2. Corrientes del Movimiento <i>Law and Literature</i>	40
3.3. Relación Dialógica.....	43
4. SISTEMAS DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA AXIOLÓGICA EN LA LITERATURA	48
4.1. Crimen y Castigo de Fiodor Dostoiveski	48
4.2. El Proceso de Franz Kafka	53
4.3. El Mercader de Venecia de William Shakespeare.....	60
4.4. Divorcio en Buda de Sandor Marai.....	65
5. FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	71
5.1. Contenidos de la Filosofía del Derecho.....	77
5.2. Trialismo	79
6. UNIDAD HERMENÉUTICA.....	82
6.1. Ronal Dworkin	87
6.2. Hans George Gadamer.....	90
6.3. Richard Posner	92
7. HUMANIZACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA LITERATURA.....	95
8. BIBLIOGRAFÍA	107

*“En el proceder corrupto de este mundo,
la mano dorada del delito puede aplastar las leyes;
también vemos a menudo cómo el perverso lucro
puede sobornar la justicia”
Hamlet, William Shakespeare.*

1. ANTECEDENTES

La literatura y el derecho son producto de la necesidad del hombre; la primera expresa la humanidad misma del individuo, en la que puede volcar sus inclinaciones, pasiones, sentimientos e inclusive sentar una posición política frente a la sociedad en la que se gestan las obras; y el segundo, nace como herramienta para regular las conductas del hombre como miembro de una sociedad que requiere un orden.

La historia de la literatura y del derecho, son de alguna forma la historia del hombre mismo, ya que en ambas se rastrean todos los componentes de una sociedad y del individuo en particular, en las historias de los héroes y los mitos de la literatura, se percibe la ideología propia de una época, al igual que en las leyes, como manifestación concreta del derecho, que advertía sobre las conductas permitidas y censuradas. De tal modo que, es más fuerte el vínculo que une a estas dos grandes áreas del conocimiento, que la corta distancia que las separa.

1.1. Historia del Derecho

“Ubi societas, ibi jus” (donde hay sociedad hay derecho).

El derecho nace por la necesidad de regular las conductas del individuo al pertenecer a una comunidad, y es tan antiguo como el hombre mismo. No obstante, como todo, el derecho se ha transformado en la medida que las civilizaciones lo han hecho; de allí que la concepción del derecho y la aplicación de las normas cambien sustancialmente de una sociedad y de una época a otra. Inicialmente, las normas eran de tipo consuetudinario ya que se transmitían de forma oral a los ciudadanos; no obstante, algunas civilizaciones dejaron registro de las primeras leyes escritas que surgieron en la historia.

Se tiene que el registro más antiguo del derecho es el *Código de Hammurabi*, 2.000 años a.C, el cual estaba basado en viejas leyes sumerias, trataba de los juicios, obligaciones de los funcionarios, préstamos a interés, constitución de la familia, de los negocios y de ciertos delitos, como la tradicional Ley del talión, entre otros.

Por su parte, en el siglo XIII a.C, en India se gestan las *Leyes de Manu*, un código que presentan reglas de conducta que debían ser aplicados por los individuos y la sociedad, texto conocido y alabado por Friedrich Nietzsche a lo largo de sus obras.

El derecho como norma de conducta coactiva surge ya desde las primeras civilizaciones con una organización política, como las ubicadas en Mesopotamia, Fenicia, Palestina, Egipto y Grecia, fundamentalmente como un derecho consuetudinario, es decir, basado en la costumbre.

Sin lugar a dudas los romanos fueron la primera y mayor civilización en dedicar sus mayores esfuerzos a condicionar la generalidad de sus conductas, incluso las más cotidianas, al imperio del derecho, como sus relaciones de familia, el matrimonio, la adopción, la emancipación y la patria potestad; o las normas patrimoniales del derecho civil, como los contratos y los derechos reales, donde los romanos aún no han encontrado otra civilización que los alcance en profusión y creación jurídica.

En Grecia, en el siglo VII a. C., Dracón de Tesalia fue un legislador de Atenas que intentó quitarles a los nobles la facultad de juzgar arbitrariamente, mediante la recopilación y publicación de las leyes existentes. Una legislación para todos era el primer paso hacia un gobierno democrático. A Dracón se le atribuye la primera codificación de las leyes de la ciudad, hasta entonces transmitidas oralmente, hacia el año 621 a. C.

El rigor del código, que contemplaba penas muy severas aún para infracciones menores, dio origen al adjetivo *draconiano*, el cual hace referencia a una ley, providencia o medida extremadamente severa; sin embargo, y pese a la duradera asociación de su nombre, Dracón fue autor sólo de una muy pequeña parte de estas normas, centrándose al parecer, en el Derecho común, y las penas contra el homicidio, como forma de terminar con las venganzas familiares. Posteriormente sus leyes fueron suavizadas por Solón quien, además, dio la ciudadanía a las clases más bajas. Él dio uno de los primeros pasos hacia la democracia.

Posteriormente, en Roma, la *Ley de las XII Tablas* o *Ley de igualdad romana* fue un texto legal que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano; este fue el primer código de la Antigüedad que contuvo reglamentación sobre censura, el derecho de familia, sucesiones, obligaciones, derechos reales y derecho penal. La ley se publicó al principio en doce tablas de madera y, posteriormente, en doce planchas de bronce que se expusieron en el foro.

Igualmente, el contacto con otros pueblos, así como la afluencia a Roma de extranjeros y no ciudadanos, están en el origen del *ius gentium*. El *ius gentium*, que literalmente quiere decir el “*derecho de los pueblos*”, no es un derecho internacional en el sentido de organizar las relaciones entre naciones, sino más bien el derecho creado y desarrollado por los romanos, conforme a categorías romanas, para resolver litigios donde aparecen involucrados uno o más extranjeros.

En cambio, el *ius civile* sólo puede aplicarse a las personas que gozaban de la ciudadanía romana.

El *ius gentium* contenía un sistema general de derecho privado que consistía en reglas jurídicas formuladas de forma general y basadas en valores equitativos y razonables¹. El derecho romano ha sido el antecedente del derecho en muchos países del mundo, que elaboraron sus códigos en base a este derecho.

Posteriormente, a partir del siglo XIV d.C, Inglaterra presentó una tradición jurídica característica, diferente a la de la romanística en Europa, aunque se asemejaba en mayor medida al modo operativo de los juristas romanos y al desinterés por las pruebas judiciales. La recepción europea del derecho común revistió cierta importancia, aunque fue algo tardía en Alemania, donde fue objeto de una elaboración científica que recibe el nombre de derecho de *Pandectas*.

En el siglo XIX nace la Escuela histórica del Derecho en Alemania que afirma que el origen del Derecho ha de situarse en la evolución histórica de un determinado pueblo, cuyo espíritu se manifestaba originariamente en forma de costumbres y tradiciones. Surge como oposición al movimiento codificador, que pretendía unificar y sistematizar los cuerpos normativos. Después, emergen otras escuelas en el siglo XX, como el Realismo Jurídico orientado en el derecho que es, no en el que debe ser. Los realistas distinguieron el derecho de los libros y el derecho de la acción, para ellos lo importante es lo que los jueces hacen y no lo que dicen; el Formalismo Jurídico llama a la interpretación rígida del texto a aplicar y no da ninguna alternativa a aplicar en caso de oscuridad o vaguedad de la ley.

En resumen, la historia del derecho es la historia del hombre, ya que el fenómeno jurídico se encuentra presente a lo largo de la existencia de las civilizaciones. Las nociones jurídicas se descomponen en diferentes épocas: para el hombre primitivo, pese a que no tenía la concepción de derecho, si tenía un sistema de conductas al interior de su familia y/o comunidad, ya sea en lo sexual o ético. A medida que las sociedades crecen, los fenómenos y creencias religiosas, determinan la forma de las conductas calificadas sistemáticamente como buenas o malas, gestando una concepción de derecho y de normas de origen divino, en la que los sacerdotes eran los legisladores de aquellos pueblos; practica que se extendió durante varios siglos.

Dicha concepción no es extraña al monoteísmo oriental, y se halla consagrada en el Antiguo Testamento, sobre todo en el Levítico y en el Deuteronomio, donde la virtud de los preceptos jurídicos emana de la palabra de Dios. Las leyes judaicas son producto de la alianza de Dios con el pueblo elegido.

¹ WAUTERS Bart, LLOPIS-LLOMBART Marco de Benito. *Historia del derecho en Europa*. Thomson Reuters Arazandi. Pamplona, España. (2013). Pág. 25

El mismo pensamiento se halla con más vigor aun en el Corán, en el que las prácticas religiosas y todos los preceptos jurídicos aparecen en forma de máximas inspiradas por el mismo Alá a su profeta como normas de conducta para los creyentes².

De allí, se desprende la concepción del Derecho Natural con el escolástico Santo Tomas de Aquino, cuyos fundamentos y doctrina fueron aplicados en el régimen feudal; dicha filosofía Tomista, señalaba que existen tres clases de leyes: La ley eterna, Ley natural y Ley humana. Luego, las teorías contractualistas partieron del supuesto que el hombre debe aceptar una limitación de sus libertades a cambio de leyes que garanticen la perpetuación y ciertas ventajas del cuerpo social, debido a la irrupción de la propiedad privada en la convivencia armónica de los hombres.

La estructura básica del contractualismo fue establecida por el filósofo ingles Thomas Hobbes³, quien consideraba que era necesario establecer un contrato social en el que los hombres cedieran el poder de estructurar la sociedad por medio de un poder común, con el fin de evitar una guerra de todos contra todos, en la que nada es injusto, porque las nociones de derecho, de legalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar al no existir el poder común.

Por tanto, debe existir una mutua transferencia de derechos entre los hombres a través de un CONTRATO o PACTO, o de lo contrario los derechos naturales como la justicia, la equidad, seguridad, entre otros, pueden inducir al ser humano a la guerra o la venganza, porque la observancia de las mismas dependería exclusivamente de cada hombre, por ello los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras. De ahí, la necesidad de un gran LEVIATAN que se erige como poder común, elegido por los hombres y capaz de evitar la invasión de los extranjeros o las injusticias ajenas; lo que es en términos actuales un ESTADO.

John Locke, por el contrario, con una visión menos pesimista que Hobbes, sostenía que antes de la aparición del Estado (es decir, del pacto y de la sociedad) los seres humanos gozaban de ciertos derechos naturales: vida, libertad y propiedad, fundamentalmente. Pero lo cierto es que la inexistencia de una autoridad imposibilita la protección de esos derechos, por ello, surge el modelo moderno de democracia liberal, en el cual los individuos eligen a sus gobernantes periódicamente, y éstos tienen como misión garantizar el orden social.

² STAMMLER Rudolf. *La génesis del derecho*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia. (2005). Pág. 88

³ HOBBS Thomas. *La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Leviatán*. Editorial Skla. Bogotá, Colombia.

Y finalmente, Rousseau esbozó en 1762, en su obra el Contrato Social, una nueva teoría del Estado según la cual para concebir exactamente la naturaleza esencial de aquella institución es preciso considerar a todos los individuos que la forman como miembros de una sociedad con derechos iguales.⁴

Como consecuencia de lo anterior, surge el derecho positivo que ya no es impuesto por una divinidad, sino colectivamente a favor de normar la convivencia de las personas, sancionado por las instituciones del Estado conforme a lo establecido en un código común que, a su vez, pueden ser cambiadas por consenso; se trata de leyes fundamentadas en un pacto jurídico y social. Sus expositores fueron: Gustavo Hugo, quien considera que el derecho nace de la sociedad sin que medie contrato ni se imponga la voluntad divina, el derecho se crea paulatinamente raíz de los problemas y las necesidades; Federico Carlos de Savigny quien sostiene que el derecho debe ser a la medida de cada pueblo, de su Espíritu, al igual que lo es el lenguaje. Entonces, lo que para unos es bueno, para otros puede no serlo. Encontrar el derecho se hace por medio de la historia para que luego lo estudien los juristas; y Jorge Puchta cuya teoría descansa en la concepción que el derecho es el resultado de la actividad del pueblo y producto del espíritu popular.

Por otra parte, la Escuela de la Exégesis fue un movimiento de interpretación del derecho que se gestó en Francia después de la publicación del Código Civil de Napoleón de 1804 y tuvo su auge en el siglo XIX, sus postulados consistían en la interpretación de la norma por la norma misma, exaltando el derecho escrito, dándole preeminencia al texto de la ley por sobre otros planteamientos y manteniendo una mentalidad antihistórica en la creación de la norma, el texto leído es obra del jurista francés Bonnetcase, quien estudió los principales representantes de la Escuela exegética, su doctrina y sus métodos, así como su influencia en el derecho civil y positivo.

Otra escuela que emerge es la Escuela Sociológica del Derecho, que insiste en la importancia de los fenómenos sociales para estudiar y desarrollar el sistema jurídico; a partir de esta concepción nacen las teorías de Federico Engels y Carlos Marx, quienes hallan el origen del derecho en la necesidad de regular las relaciones de producción y el mantenimiento de las clases sociales.

Es así, como en este breve recuento, se evidencia como el derecho ha acompañado al hombre en su trasegar por el mundo; ha presenciado la esclavitud, el feudalismo, el absolutismo, las revoluciones, el nacimiento de los estados y la democracia, influyendo en todos los escenarios, personal y social, del individuo.

⁴ STAMMLER Rudolf. *La génesis del derecho*. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia. (2005). Pág. 96

1.2. Historia de la Literatura

Desde la génesis del ser humano, se ha sentido la necesidad de conservar las tradiciones y las historias de las variadas civilizaciones que han habitado el planeta, en su afán de dejar un legado digno de recordar e inclusive de emular. Al desarrollar sistemas de comunicación orales y posteriormente escritos, se narran los diversos aspectos que conforman la vida de las comunidades, tales como su religión, batallas, victorias, costumbres, mitos, tradiciones, entre otros; sin embargo, no es posible determinar en una fecha exacta el nacimiento de la expresión literaria, tan solo es posible conocer las obras más significativas de las sociedades antiguas que dan fe, a través de lo literario, de sus sistemas políticos, sociales y axiológicos. El siguiente, es un acercamiento general a las principales obras que han marcado la actividad literaria, y que han permitido el conocimiento profundo de las diferentes civilizaciones y sus visiones de mundo.

El periodo comprendido entre los años 3.000 y 2.000 a.C, es considerado como el inicio de la literatura tal y como se conoce hoy día, ya que a partir de esa fecha irán apareciendo obras literarias en Mesopotamia, Egipto, Asia Menor, India, Palestina, China, entre otros. El *Poema de Gilgamesh* (año 2000 a.C), es considerado como los primeros textos literarios sobre los que se tiene conocimiento, es una narración sumeria que relata las aventuras del rey Gilgamesh en su búsqueda por la gloria y la inmortalidad.

La literatura antigua, se caracteriza por tener un contenido religioso, dedicada a retratar los dioses y sus hazañas, como la *Ilíada* y la *Odisea* de Homero, *Edipo Rey* de Sófocles, que marcaron el inicio de la antigüedad clásica; sin embargo, en el antiguo Egipto, el *Libro de los muertos*, escrito en el Papiro de Ani, es considerado como uno de los primeros textos de la literatura, texto funerario destinado a ayudar a los difuntos a superar el juicio de Osiris.

De igual modo, en la India el texto del *Rigveda* es el más antiguo de la civilización indoeuropea, cuyos himnos alababan a los dioses védicos, y data de mediados del II milenio a. C; en cuanto a la literatura épica destacan dos grandes obras: el *Ramayana* y el *Mahábharaata*, los cuales influenciaron numerosas obras europeas; y respecto a la literatura hebrea se tiene el *Tanaj* conjunto de 39 libros de la biblia hebrea, al igual que el *Pentateuco* compuesto de los cinco primeros libros de la biblia y se corresponde con la *Torá* de la religión judía.

Por otra parte, en el extremo oriente, la filosofía china siguió un camino distinto a la griega, ya que en lugar de presentar diálogos extensos, optó por analectas como las de Confucio, Lao Zi y Tao Te Ching, es decir, se presenta en proverbios didáctico-morales cuyos temas principales son el amor y respeto a la naturaleza, a los padres, a los ancianos, al orden político, al social y al religioso.

Igualmente, entre los siglos III y VI d. C., Japón produjo sus primeras obras literarias: las crónicas *Kojiki* (*Memorias de los sucesos de la humanidad*) y *Nihonshoki* (*Anales de Japón*), así como las poesías *Manyoshu*.

En Europa en la antigüedad clásica, los griegos enfatizaron considerablemente en la literatura, con poetas como Safo que dio forma a poesía lírica como género, el dramaturgo Esquilo que cambió la literatura occidental al introducir el diálogo y la interacción en el teatro con su obra *Orestíada*. Otros talentos dramáticos fueron Sófocles, quien convirtió la ironía en técnica literaria, en su obra *Edipo rey*, y Eurípides, que utilizó el teatro para desafiar las normas sociales en *Medea*, *Las Bacantes* y *Trojanas*, y Aristófanes, un comediante, usó esas ideas en un tono menos trágico en sus obras: *Lisístrata* y *Las ranas*. Aristóteles, por su parte, contribuyó a la literatura con su *Arte Poética*, en donde plantea su término del drama y establece parámetros para la crítica literaria.

La literatura romana, por su parte, continuaron con la línea literaria de los griegos, como Virgilio en *La Eneida* que emuló en gran medida a las obras homéricas a petición del emperador del momento, y en la *Metamorfosis* de Ovidio se retoman diversos mitos griegos. Después de la caída del Imperio Romano, se da inicio a la edad media (siglo V – XV), periodo que rompe con los clásicos de la antigüedad grecorromana para dar paso a la literatura teológica en la que el clero católico era el centro intelectual de la sociedad en esta época, razón por la que su producción literaria fue la más productiva.

Ciertos estudiosos religiosos como Anselmo de Canterbury, Santo Tomás de Aquino y Pierre Abélard escribieron largos tratados sobre teología y filosofía, tratando de reconciliar las enseñanzas de los autores griegos y paganos romanos con las doctrinas de la Iglesia Católica. Las hagiografías, o *las vidas de los Santos*, también fueron escritas principalmente durante este período, a modo de estímulo para el devoto y de advertencia para el resto. Al tiempo que la literatura de corte religioso proliferaba, la literatura laica cobró importancia y se agrupan tradicionalmente en la **Materia de Roma** que se centra en héroes militares como Julio Cesar y Alejandro Magno, y se inspiran directamente de autores clásicos como Homero, Virgilio u Ovidio; la **Materia de Francia** que constituyen las canciones de gesta al emperador Carlomagno en la literatura francesa y la **Materia de Gran Bretaña** que representa la tradición celtica, con leyendas como la de *Tristán e Isolda*, el *Rey Arturo* y los *Caballeros de la mesa redonda*; ciclos literarios de la edad media clasificados por el poeta Jean Bodel. Otros autores y obras importantes del periodo son: Petrarca, el *Decamerón* de Boccaccio, *La Divina Comedia* y los poemas de Dante Alighieri, y los *Cuentos de Canterbury* de Geoffrey Chaucer, considerados precursores del renacimiento.

En lo que respecta a Oriente Medio, el *Corán* es la obra más significativa de la literatura árabe, que mezcla la narrativa, la exhortación y la prescripción legal, al igual que los cuentos tradicionales del autor anónimo de las *Mil y una noches*, que está formado por un antiguo libro persa llamado Hazâr afsâna (*mil leyendas*). Y en cuanto a las producciones literarias de Asia, se destacan el Sutra del Diamante chino que enseña la práctica del desapego o la abstención del apego mental y de la no permanencia; y el periodo Heian en Japón que se considera la cumbre de la corte imperial japonesa y es destacado por su arte, en especial la poesía y la literatura, la cual reflejaba los sólidos valores del mundo de la Corte.

Después del siglo XV, llega la etapa del renacimiento, en el que florecen las artes, la ciencia y demás campos del conocimiento, se difundieron las ideas del humanismo, que determinaron una nueva concepción del hombre y del mundo; ideas que fueron acogidas por la literatura renacentista, y se inspiró en la tradición clásica grecolatina. En Francia se destacaron François Rabelais, Michel de Montaigne y Joachim du Bellay; en Alemania la reforma protestante impuso una temática religiosa, cultivada por Ulrich von Hutten, Sebastian Brant y Hans Sachs; y en Inglaterra, cabe citar a Tomás Moro, Edmund Spenser, Michael Drayton, Henry Constable, George Chapman, Henry Howard y Thomas Wyatt. En España inició el periodo dorado de las letras con Garcilaso de la Vega, fray Luis de León, San Juan de la Cruz y Santa Teresa de Jesús; en prosa surgieron los libros de caballería (*Amadís de Gaula*, 1508) y se inició el género de la picaresca con el *Lazarillo de Tormes* (1554), y la obra de Miguel de Cervantes autor del *Don Quijote*.

A la par que se presenta la reivindicación del hombre (antropocentrismo) en el renacimiento, surge la literatura barroca que se caracteriza por la idea del desengaño y el pesimismo; cuyas temáticas frecuentes en esta literatura son la vida como lucha, sueño o mentira y la fugacidad de los hechos humanos, plasmadas en un estilo suntuoso y recargado, como en las letras del español Luis de Góngora, Francisco de Quevedo y Villegas, Sor Juana, y Bernardo de Balbuena.

Posteriormente, brota en Francia el enciclopedismo o la literatura ilustrada, al publicarse la obra de John Locke *Ensayo sobre el entendimiento humano* y la obra de Goethe *Las desventuras del joven Werther*. Aquí, la literatura se distingue por el laicismo, predomina la razón ante la emoción y la sensibilidad, se cuestiona el poder político, se pregonan la libertad, la igualdad y la tolerancia, entre otros aspectos. Se publican obras como *Emilio* de Rousseau, *Cándido* de Voltaire, *Los viajes de Gulliver* de Jonathan Swift, *Cartas Persas* de Montesquieu y *Cartas Marruecas* de José Cadalso.

Finalmente, después de la Revolución Francesa, inicia el periodo de la literatura moderna o contemporánea hasta la actualidad, en la que los criterios estéticos cambian y se rompe con los valores tradicionales, como es el caso de la literatura romántica en la que hay un predominio del yo, se rechaza la razón y cobran importancia el sentimiento y la fantasía, y se considera la libertad como causa suprema, tanto en el arte como en la política y la vida personal. Entre los románticos destacan autores como Goethe, Friedrich Hölderlin, E.T.A Hoffmann y Heinrich Heine en Alemania; Madame de Staël, Chateaubriand, Alphonse de Lamartine y Victor Hugo en Francia; Walter Scott, Lord Byron, Percy Shelley y John Keats en Inglaterra; Washington Irving y Edgar Allan Poe en Estados Unidos; este último precursor del posromanticismo, compuesto por el parnasianismo, el simbolismo y decadentismo.

A mediados, del siglo XIX la literatura romántica cede su lugar a la literatura realista, en la que se recogen escenas de la vida cotidiana y testimonios de la sociedad de la época. El Realismo surgió en Francia y se inició con autores como Balzac y Stendhal, y se desarrolló con Flaubert. Los escritores dejaron de centrarse en sí mismos y pusieron su interés en la sociedad, observando y describiendo objetivamente los problemas sociales, y para ello se valieron de la novela burguesa. En últimas, la literatura era el testimonio de la sociedad de Europa, como en las obras de Charles Dickens, Mark Twain, León Tolstói y Fiódor Dostoyevski. Al dirigir la mirada hacia el otro lado del planeta, en América Latina la literatura trata temas como los conflictos sociales de pobreza y marginalidad, problemas sociales y políticos derivados de dictaduras, la colonización de la economía, entre otras.

Por otra parte, en la primera mitad del siglo XX nace el modernismo anglosajón con Virginia Woolf y James Joyce, en la que temáticas como la libertad sexual y la oposición a la guerra son constantes en la literatura; mientras en Estados Unidos la *“generación perdida”* evoca el pesimismo, el desconcierto, la inutilidad y la crueldad de la guerra, la depresión económica y la sociedad norteamericana en general, a través de figuras como John Dos Passos, Ezra Pound, Erskine Caldwell, William Faulkner, Ernest Hemingway, John Steinbeck, Sherwood Anderson, y Francis Scott Fitzgerald.

A mediados del siglo XX aparece en Latinoamérica el movimiento literario del realismo mágico, como el interés de mostrar lo irreal o extraño como algo cotidiano y común, en otras palabras, los hechos son reales, pero tienen una connotación fantástica, ya que algunos no tienen explicación, o es muy improbable que ocurran.

Entre sus principales exponentes están Gabriel García Márquez, Mario Vargas Llosa, Miguel Ángel Asturias, Carlos Fuentes, Álvaro Cunqueiro, Juan Rulfo con *Pedro Páramo*, Laura Esquivel, Isabel Allende, Pablo Neruda, entre otros.

Después de la segunda guerra mundial, nace el existencialismo con autores como Jean Paul Sartre y Albert Camus, quienes exploran la libertad, la nada, el ser, las emociones, el significado de la vida y condición humana con un realismo tajante. En los años 60 se profundiza en el cuestionamiento del sistema iniciado la década anterior, de manera que se presta atención a las obras que simbolizan la contracultura; se aborda el tema del papel de la mujer, incorporando el feminismo la crítica literaria o usando incluso la ciencia ficción, y se da voz a las minorías étnicas y sociales, así como otras literaturas no occidentales. El tema racial se convierte en capital en Norteamérica, donde narradores como Harper Lee o Alex Haley trasladan a la ficción los movimientos políticos y reivindicativos de la calle, con figuras como Martin Luther King. La opresión se asimila a menudo también a la mujer, como hace Sylvia Plath en sus poemas confesionales.

Ahora, en este siglo, la forma de concebir la literatura y los contenidos de la misma han cambiado radicalmente, debido a la amplitud de la información que los medios y la tecnología proporcionan, pero con una profundidad mínima; pareciera que las producciones literarias de este siglo van de la mano con el consumismo y los intereses superficiales de la juventud que demanda lecturas “light” que se agotan con su primera lectura, son un boom mediático que representa inmensas ganancias a las editoriales de este tipo de lectura.

De otro lado, numerosos son los ejemplos de obras literarias antiguas, que en su tiempo cumplieron doble función, por un lado, determinaban el sistema axiológico que la sociedad debía interiorizar y acatar, y por el otro, era el sistema legal que regulaba las conductas de los individuos. No era visible la línea que separaba lo literario con lo legal, ya que aquellos himnos e historias llevaban implícito un código de conducta y las respectivas sanciones en el evento de faltar a dicho código.

2. AXIOLOGÍA JURÍDICA

Los valores entendidos como las cualidades que el ser humano le atribuye a los objetos y/o personas de conformidad con un “deber ser” y una ideología, permean y transversalizan todas las esferas del ser humano, están presentes a lo largo de su vida y los mismos se modifican o desaparecen, pero otros, por el contrario, serán la férrea convicción de diferentes naciones, sobre los cuales construyen sus sociedades, más específicamente sus sistemas jurídicos.

La axiología jurídica se ocupa del problema de los valores jurídicos, es decir, dilucida sobre cuales sean los valores que harán correcto un modelo de derecho o que primarán a la hora de elaborar o aplicar el derecho. Por tanto, la axiología jurídica, se dedica a tratar los fines valorativos del derecho, encontrarlos, analizarlos, calificarlos y hasta jerarquizarlos.

Valores como la justicia, la libertad, la moral, la seguridad jurídica entre otros, han sido el pilar central sobre el cual se han elaborado la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo; cada sociedad regula las conductas de sus ciudadanos de conformidad con dichos valores, sin embargo, los mismos son una estimación subjetiva de lo que el gobierno de turno considera como apropiados, de allí que la fijación de dichos valores al interior de un régimen normativo no sea del todo inmutable ni puedan ser evaluados con profundo objetivismo, puesto que la concepción de los valores necesarios para la regulación las conductas y la vida del ser humano en sociedad, depende de la época histórica en la que se encuentre dicha sociedad.

Ejemplo de lo anterior, fue la dictadura Nazi en la que la Justicia era concebida como fruto de un momento específico que necesitaba responder a los ideales del nacionalsocialismo y al exterminio judío, sin estar anclada a valores universales sino como fruto de su época y con un lugar propio, como algo que debía evolucionar y cambiar paralelo a las condiciones históricas de Alemania, en la que se legitimaron asesinatos como actos de justicia suprema. O la esclavitud considerada por Aristóteles como necesaria, justa y útil, en una sociedad en la que la ciudad más perfecta no hará ciudadano al trabajador; pensamiento que riñe actualmente con los diversos sistemas jurídicos y con los derechos humanos.

El mundo actual ha negociado y ha sacrificado las prácticas axiológicas por prácticas comerciales y/o económicas disfrazadas de desarrollo, dentro de las cuales valores como la libertad, igualdad, justicia y seguridad, solo tienen cabida dentro de la retórica de los gobiernos, pero no en la materialización real de los mismos.

No obstante, en la literatura no solo se revela este fenómeno, sino que al mismo tiempo se reivindican los valores al interior de obras que invitan al regreso a los principios y valores básicos que se han dejado escondidos y olvidados en esta sociedad líquida que Zygmund Bauman retrata con tanta precisión, los cuales están destinados a desaparecer.

El derecho y la literatura son en sí mismos un valor, son una estimación de lo que el ser humano considera correcto, justo, estético, literario; en otras palabras, tanto los valores de la literatura como los del derecho son construidos por el individuo, cargados de subjetividad, de dicotomías y de ambigüedades, que combaten una batalla permanente por alcanzar un objetivismo muchas veces esquivo por cuanto el hombre, su conducta (derecho) y su ser (literatura) son elementos complejos a la hora de estructurarlos y describirlos.

En últimas, el derecho y la literatura son fenómenos axiológicos cuya apreciación se encuentra subordinada a los fenómenos históricos, sociales, culturales y políticos de las sociedades que los crean, ajustándolos a las necesidades y demandas de las mismas. Ambas disciplinas encajan en la concepción que Nietzsche elaboró sobre la axiología: *“Cuando hablamos de valores, hablamos bajo la inspiración, bajo la óptica de la vida: la vida misma nos fuerza a poner valores, la vida misma valora a través de nosotros cuando ponemos valores...”*⁵

De otro lado, los valores en general y la axiología jurídica en particular, se encuentran en decadencia ya que las ideas de progreso y desarrollo han fracasado. Es altruista e incluso loable que se pretenda asumir y materializar de forma absoluta la pluricitada axiología jurídica; sin embargo, el mundo real no funciona de esta manera porque los sistemas que prometieron valores como la igualdad, la libertad, la justicia, entre otros, han fallado notoriamente y así lo evidencia las crisis políticas, económicas y sociales de la actualidad. Por otra parte, la axiología jurídica es diferente de acuerdo a la región cultural que la asuma, ya que la visión y aplicación de estos valores operan diferente en culturas orientales y asiáticas, en las que no existe la igualdad de género, no se concibe la libertad como occidente, y la justicia opera más desde una estructura moralista y religiosa que dista del discernimiento razonable y objetivo de occidente.

⁵ NIETZSCHE Friedrich. *El crepúsculo de los ídolos o como se filosofa con el martillo*. Alianza Editorial Madrid (1989). Pág. 57

Este contraste entre el deber ser y el ser de la axiología jurídica, es advertido por el sociólogo Boaventura de Sousa Santos⁶ al manifestar que la promesa de libertad e igualdad hecha por occidente, no han sido satisfechas, ya que las violaciones a los derechos humanos en países que formalmente viven en paz y en las democracias, han alcanzado proporciones alarmantes. La situación anterior, cuestiona seriamente el alcance de la axiología jurídica la cual se ha transformado en la bandera de la doctrina política más que en una realidad concreta.

2.1. Justicia ¿Realidad o Utopía?

“En su mejor momento, el hombre es el más noble de todos los animales; separado del derecho y la justicia es el peor”. Aristóteles.

La justicia es el valor supremo *per se* entre todos los valores del derecho y el más reflejado en las obras de la literatura universal, al mismo tiempo es el más controvertido de todos ya que su análisis es tan variado como las sociedades que la pregonan. El concepto de justicia ha sido estudiado desde diferentes puntos de vista, tales como el teológico, filosófico, político, moral y legal.

Desde Sócrates y Platón la línea de oro del pensamiento jusfilosófico greco-occidental ha visto en la justicia el valor propio del Derecho. Pero Calicles y Maquiavelo lo vieron en el poder; Duguit, en la solidaridad; Jhering y Kelsen, en la paz; Recaséns Siches, bajo la sugestión de Radbruch, en la seguridad. Otros han tomado una combinación de dos de ellos, como Radbruch, que se refiere a la seguridad y la justicia. Santo Tomás remite al bien común, lo que sí bien no es unilateral, deja la cuestión en el aire, ya que hasta el presente los tomistas no han podido determinar qué es el bien común y ni siquiera sobre qué recae, si sobre la comunidad como un todo diferente de los miembros que la componen o si sobre todos los componentes en su individualidad, pero en cuanto forman una sociedad⁷.

En fin, desde los griegos como Aristóteles o Platón, hasta la actualidad, las reflexiones alrededor del concepto de justicia han sido diversas, pero sobre todo bañadas del tinte ideológico de quienes se aventuran a estudiarla.

⁶ DE SOUSA SANTOS Boaventura. *Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria*. Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales UNMSM. Programa de Estudios sobre Democracia y Transformación Global. Lima, Perú. (2006). En su obra, Santos advierte que las grandes promesas de la modernidad han fracasado, especialmente en la promesa de igualdad en la que es evidente el hecho que la riqueza se encuentra concentrada en unos pocos países en detrimentos de los países del tercer mundo; y frente a la libertad, la violencia sexual, la esclavitud infantil, los juicios civiles, la limpieza étnica, por mencionar unos pocos, son la prueba del fracaso de este ideal.

⁷ COSSIO Carlos. *Los valores jurídicos*. Anuario de Filosofía del Derecho, N° IV, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid (1956). Pág. 32.

En la edad media, resalta el pensamiento jurídico-político de Santo Tomas de Aquino quien dio a la fusión de aristotelismo y Teología, una estructura más coherente y definitiva, sin dejar a un lado la influencia de Platón, quien fue cultivado con el mismo entusiasmo que Aristóteles. La doctrina tomista sobre la Justicia, se inspiró exclusivamente en Aristóteles. Para Santo Tomás, Justicia consiste en, *“el hábito con que cada uno atribuye a cada cual con perpetua y constante voluntad lo que le pertenece”*. (Summa Teológica). Coincide con Aristóteles, al afirmar que es la virtud que gobierna las relaciones humanas, pero su fundamento, está en Dios. Santo Tomás estudió la Justicia desde el punto de vista del sujeto, esto es, como virtud y como hábito, considerando así al Derecho, como el contenido objetivo de la Justicia.

De todos los valores del derecho el más importante es el de justicia; tiene tanta importancia que algunos autores designan a la axiología jurídica como Teoría de la Justicia. La justicia involucra y necesita de los demás valores jurídicos porque estos son estudiados y aplicados teniendo en consideración la justicia; en palabras de Carlos Cossio: *“La justicia y los otros valores bilaterales se reclaman recíprocamente como lo hacen el todo y las partes, en que el todo es algo más que la suma de las partes, aunque no existe sin ellas”*.⁸

La justicia es el objeto mismo del Derecho, es el valor jurídico por excelencia, ya que integra principios tales como la igualdad, armonía, proporcionalidad y los fusiona. Sin embargo, iusfilósofos como Richard Posner reducen el concepto de justicia a términos utilitaristas y económicos, quien la considera como la estructura básica de la sociedad, que consiste en averiguar cuál es el mejor modo para que las instituciones de la sociedad distribuyan de forma adecuada los derechos y los deberes fundamentales; y determinen desde la perspectiva de la cooperación social, la división de las ventajas que se derivan de ella; así, los bienes serán repartidos a todos por igual; pero si se diese el caso de una distribución desigual, ésta sólo se justificará, si tiene por objeto, el beneficio de todos y cada uno de los individuos.

Contraria a esta visión utilitarista y material de la justicia, John Rawls define el sentido de la justicia como la capacidad moral que se tiene para juzgar cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo.

⁸ COSSIO Carlos. *Los valores jurídicos*. Anuario de Filosofía del Derecho, N° IV, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid (1956). Pág. 72.

Sin embargo, este proceso se da a nivel de los individuos en el marco de la sociedad y su estructura básica. El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, o sea, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social.

En resumen, la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento⁹. Sin embargo, si en una sociedad bien ordenada en su mayor parte, pero en la que, no obstante, ocurren graves violaciones de la justicia, se justifica lo que Rawls denominó Desobediencia Civil, definida como un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno. Actuando de este modo se apela al sentido de justicia de la mayoría de la comunidad, y declara que, según la opinión considerada los principios de la cooperación social entre personas libres e iguales no están siendo respetados¹⁰.

Pese a que este mecanismo planteado por el filósofo ofrece una aparente solución ante la injusticia de algunas normas, su materialización en las condiciones planteadas se aleja de la realidad política de las naciones, ya que su cimentación depende del juicio moral de hombres de gran probidad, fieles a la ley y sin violencia, lo cual no se presenta en escenarios aun siendo democráticos. Sin embargo, es interesante la completa disquisición que hace de la justicia -pese a lo idealista de su teoría-, y construye los principios sobre los cuales se debe erigir una sociedad justa, en búsqueda de alcanzar la anhelada, ambigua y esquivada justicia.

Por su parte, el jurista alemán Gustav Radbruch, concluye que la idea del Derecho no puede ser otra que la justicia. Sin embargo, un concepto tan ambiguo requería ser delimitado a fin de dar coherencia a su pensamiento jusfilosófico; de ese modo consideró que debía ser entendida como un valor absoluto; un valor que descansa

⁹ En su libro *Teoría de la Justicia*, Rawls señala que el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiende la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así, la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama son ejemplos de las grandes instituciones sociales. La teoría de la justicia es una teoría de los sentimientos morales que establece los principios que gobiernan los poderes morales o, más específicamente, el sentido de la justicia.

¹⁰ RAWLS John. *Teoría de la Justicia*. Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971. Pág. 332

en sí mismo y que no es derivado de otro superior¹¹. En otras palabras, para Radbruch el derecho encierra la justicia entendida como una manifestación de lo moralmente bueno cuando se le considera como una virtud humana, y su medula es la idea de la igualdad; es decir, que la justicia para el jurista, se define en términos de la moral y la igualdad.

De otro lado, este valor supone el trato igualitario a las personas de una misma categoría, atendiendo a cuestiones como sus méritos, obras, contribuciones y necesidades dentro de una sociedad determinada. Sin embargo, la justicia va más allá, ya que la concepción anteriormente mencionada, sufre de desavenencias, porque paradójicamente, categoriza a los sujetos, naciendo así las semillas de su antítesis, la injusticia. Por lo que es necesario que las relaciones entre particulares deban corresponder a un interés general, es decir el bien común, que se desarrollará posteriormente.

Para Hobbes¹², la justicia es la tercera ley de la naturaleza en la que esta existe siempre y cuando los hombres respeten los pactos que han celebrado, de lo contrario estos seguirían en guerra; en otras palabras, si no ha existido un pacto entre los hombres en la que se transfieren los derechos, ninguna acción podría considerarse injusta porque el hombre es absolutamente libre. Esta visión de justicia obedece al materialismo y liberalismo propio de su autor, como consecuencia de la influencia del renacimiento y el abandono pleno del oscurantismo.

La justicia no es un valor absoluto, es por el contrario, el más complejo de definir debido a lo que una sociedad considera como justo no lo es para otra, solo es posible tener una idea general de la misma conectada por otros valores y principios que la alimentan y que deben ser tenidos en cuenta al momento de aplicarla, pero con la humildad necesaria para aceptar que su materialización puede transformarse en su oposición: la injusticia, porque el margen de error es bastante amplio, ya que el ser humano en su egocentrismo juega a ser Dios.

Una sociedad justa es una noción utópica desde todos los puntos de vista, puesto que, en primer lugar, el hombre por naturaleza es egoísta, violento, destructivo e irracional (pese a que algunos filósofos argumenten lo contrario), y bajo esta premisa la materialización de la justicia se hace ambigua y tal vez amañada a intereses diferentes a los sociales; en segundo lugar, la justicia no solo se circunscribe a los principios que deben regir a todo individuo como la compasión, la bondad, la generosidad, sino a factores materiales como la distribución de los

¹¹ RODRIGUEZ GOMEZ Edgardo. *La idea de Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, N° 6, julio 2007, pp. 29-56.

¹² HOBBS Thomas. *La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Leviatán*. Editorial Skla.

recursos y de la riqueza (que de entrada es una quimera), lo cual resulta bastante complejo en las actuales sociedades.

En último lugar, las sociedades solo pueden tener aproximaciones a la justicia, pero nunca pretender que han alcanzado la categoría de sociedad justa, puesto que los operadores jurídicos no se encuentran exentos ni blindados para proferir normas abiertamente injustas y arbitrarias, lo que ratifica que el solo hecho de delegar la importante labor de crear las leyes en quienes aparentemente se encuentran destinados para ello, no libra a la sociedad o a una nación de sufrir las devastadoras consecuencias de un derecho injusto.

Asimismo, las leyes humanas son tan imperfectas como el ser que las crea, y el concepto de justicia puede quedar circunscrito a la valoración subjetiva y moralista de quien la estudia; en otras palabras, no hay garantía absoluta que un sistema jurídico sea justo. El concepto de justicia muda de acuerdo al prisma con el que se analice, es decir, depende de la orilla desde la que se mire, ya que el vencedor en una guerra tendrá un concepto de justicia diferente al derrotado, o el gobierno de un país considera justo aquello que sus ciudadanos no.

Cabe reflexionar entonces, ¿Qué hace que una norma o ley sea justa o no? ¿Con base en qué criterios se califica la misma? ¿Cómo consolidar una sociedad justa? Estos son algunos de los numerosos interrogantes que surgen alrededor de la justicia, y responderlos correctamente sería una pretensión sectaria y herética; solo es posible reflexionar sobre si la justicia es un valor que se ubica en el derecho natural o en el derecho positivo, es decir, si la justicia es un valor inherente a la naturaleza del hombre, cuyo entendimiento supera la racionalidad humana, o por el contrario, solo es valorado desde la norma o ley escrita, cuyos preceptos deben alcanzar este valor, y tal vez la salida más práctica a este interrogante, es considerar que la justicia es un poco de ambas doctrinas, ya que el individuo al nacer tiene por naturaleza la facultad de apreciar y valorar aquellas conductas que considera adecuadas según el tiempo histórico en el que se desarrolle, pero dichas conductas deben ser afianzadas en una estructura general (como ser social que es) que predique su cumplimiento; en otras palabras, el hombre debe tener unas pautas de conducta que en lo posible obedezcan a principios y valores superiores que pretenden la formación de una sociedad justa.

Afirmar que una sociedad como la actual no imparte justicia y que se encuentra lejos de alcanzar la misma, no es una posición negativa o desalentadora, es por el contrario, una visión de la triste realidad que aqueja a todas las naciones del mundo sin distinción alguna, en las cuales la pobreza, el desplazamiento, la tortura, el hambre, la explotación sin medida de los recursos, la extinción de diferentes especies animales, por mencionar unos pocos males, no hacen honor a

este valor defendido con tanto ahínco en las diversas controversias políticas, culturales, sociales e inclusive religiosas; no es posible gobernar una nación e impartir justicia en la misma, si los operadores jurídicos y los ciudadanos en general, no tienen como premisa real el bienestar común, si tanto gobernantes y comunidad en general no retoman principios y valores básicos como la compasión, la bondad, el respeto, la honradez, que permiten sentir empatía por el otro y ocupar su lugar.

De este modo, lo único cierto es que la humanidad siempre estará a la espera que la justicia, tal y como ha sido proyectada y planteada por grandes filósofos y juristas a lo largo de la historia, se materialice y aplique para alcanzar un verdadero estado de bienestar. Pero como hacer aquello posible, ¿si cada día con más convicción e insistencia los medios de comunicación y la sociedad en sí, pregonan y justifican antivalores disfrazados de consumo y estatus como pseudo bienestar, si cada vez exhortan a los individuos a que se distingan tangencialmente de los demás adquiriendo una cantidad absurda e inútil de bienes suntuosos, que generan insatisfacción y frustración en quienes no pueden adquirirlos? Es menester recordar que, al fracasar o al fracturar la justicia, fracasan los demás valores que lo componen.

2.2. Igualdad

“Sin dificultad se comprende que los hombres, considerados en su individualidad, son extraordinariamente desiguales”. Rudolf Stammler.

Este valor es considerado como uno de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que son anteriores a los poderes establecidos y son considerados como aplicables en cualquier lugar y cualquier época, proclamado así en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano.

En las civilizaciones antiguas los filósofos y los juristas defendieron con múltiples argumentos la idea de la desigualdad entre los hombres como base de la existencia del cuerpo social. Tanto Aristóteles como Sócrates justificaban la esclavitud y la desigualdad en la polis, argumentando que la misma requería de esclavos para el orden y desarrollo de la sociedad; sin embargo, la filosofía estoica salió a la defensa de la igualdad humana con su fundador Zenón de Citio quien consideraba a los demás hombres como sus connacionales y conciudadanos; Diógenes de Seleucia condenó la esclavitud y Seneca reconoció que la dignidad era la misma en el caballero, el liberto y el esclavo, divulgando la idea de que todos los miembros de la humanidad eran hermanos entre sí y tenían los mismos derechos.

De otro lado, para Hobbes, la naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre es, a veces, evidentemente más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante que uno pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo, un beneficio cualquiera al que el otro no pueda aspirar como él¹³. De este modo, es posible advertir, la transformación en la idea de concebir la igualdad desde la sociedad antigua, en la que la esclavitud era justificada, a reconocer el trato igualitario entre los sujetos.

De igual forma, para Rosseau el pacto social que los individuos debían instituir en aras a lograr un orden social, debía garantizar la igualdad entre todos ellos, pero una igualdad desde lo civil mas no desde la orilla de lo natural¹⁴. Aunque, esa igualdad defendida por Rousseau, inclusive para su época, resulta utópica puesto que el “despotismo ilustrado” y las monarquías absolutas estaban instaladas en Europa; sin embargo, es innegable el gran aporte de las ideas de Rousseau para las revoluciones como la francesa y la conformación de nuevos estados con sistemas de gobierno diferentes a la monarquía. Al igual que su disertación sobre el origen de la desigualdad a causa de la constitución de la ley y el derecho de propiedad, las cuales, como materialización de las pasiones de los hombres, son consecuencia de la creación de las leyes y no de la naturaleza del hombre.

Asimismo, resulta acertada la noción de igualdad en Ronald Dworkin, quien señala que la igualdad se encuentra muy cerca de la idea de fraternidad, toda vez que en ella incluye el trato a los ciudadanos como trato con igual interés y respeto. Con esto no se quiere hablar de un principio formal puro, pues ella es sólo una concepción interpretativa del concepto de justicia. El principio de igual interés y respeto comprende la idea de la autonomía y dignidad de los seres humanos. Además, dicho principio exige, en especial, que quien actúa como operador del derecho, como bien podría ser el juez, se ponga en el lugar de los demás, considere sus valores y ambiciones y los respete.

¹³ HOBBS Thomas. *La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Leviatán*. Editorial Skla. Bogotá, Colombia. Pág. 105.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Recuperado de: <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>. Para Rousseau la especie humana tiene dos clases de desigualdades: la natural o física porque ha sido instituida por la naturaleza, y que consiste en las diferencias de edad, de salud, de las fuerzas del cuerpo y de las cualidades del espíritu o del alma; otra, que puede llamarse desigualdad moral o política porque depende de una especie de convención y porque ha sido establecida, o al menos autorizada, con el consentimiento de los hombres. Esta consiste en los diferentes privilegios de que algunos disfrutan en perjuicio de otros, como el ser más ricos, más respetados, más poderosos, y hasta el hacerse obedecer. En conclusión, las diferencias entre los hombres según el polímata ginebrino, devienen de las costumbres y de los diversos géneros de vida que lleva el hombre en sociedad y que pasan por naturales.

De esta forma, para Dworkin una sociedad justa es aquella que incorpora y realiza de la mejor forma el principio de igualdad.¹⁵.

A la par, el jurista italiano Norberto Bobbio, sostiene que la igualdad al ser el valor supremo de una convivencia ordenada, feliz y civil, y por consiguiente, de una parte, como aspiración perenne de los hombres que viven en sociedad, y de otra, como tema constante de las ideologías y de las teorías políticas, queda emparejada a menudo con la libertad¹⁶. La igualdad que defiende Bobbio se enmarca en su concepción de Estado de Derecho, que implica una determinada concepción del poder liberal, democrático y socialista, en la cual libertad e igualdad son entendidas como valores morales, políticos y jurídicos desde los cuáles conceptualiza la libertad igualitaria de carácter social, jurídico y político.

Dada la evolución que ha tenido la concepción de este valor, se afirma hoy día que todos los individuos nacen iguales ante la ley, lo que significa que ningún sistema jurídico establecerá diferencias al momento de aplicación de la norma a sus destinatarios; no obstante, esta igualdad es entendida de este modo desde el punto de vista jurídico y material, sin serlo desde el punto de vista interno o subjetivo del hombre en particular, ya que la estructura interna del hombre es diferente frente a los otros, porque su visión de mundo y su sistema axiológico están permeados por su contexto familiar y social.

De este modo, la igualdad es en principio igualdad jurídica, la igualdad de todos ante la ley. Pero la igualdad significa también para el Estado la obligación de emprender una política social que retraiga las diferencias de poder y riqueza al nivel de lo tolerable. El poder legalmente estipulado que rehúya de la violencia y que la riqueza no se aleje tanto de la pobreza que permita a un hombre comprar a otro y constriña a un hombre a venderse a otro. La ley debe corregir el rumbo natural de las cosas en pos de la desigualdad porque la libertad es consustancial al hombre y la libertad no puede subsistir sin la igualdad. Es necesario crear jurídica y políticamente la libertad e igualdad y mantenerlas a través no solo del Estado legítimamente establecido sino del Estado legítimamente organizado.

2.3. Libertad:

“La única manera de lidiar con un mundo sin libertad es llegar a ser tan absolutamente libre que tú misma existencia es un acto de rebelión”. Albert Camus.

¹⁵ ROJAS AMANDI Víctor Manuel. *El concepto de Derecho en Ronald Dworkin*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 355-415

¹⁶ BOBBIO Norberto. *Igualdad y Libertad*. Ediciones Paidós Ibérica S.A. I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona. España. 1993. Pág. 53

Es la facultad natural que todo individuo de la especie humana ejerce para determinar por sí mismo cada uno de sus actos. El hombre tiene abierta, por virtud de su propia naturaleza, la posibilidad de vivir como quiera, mediante acciones que son promovidas por su dinamismo voluntario¹⁷.

Es quizás el valor más transgredido por los diferentes Estados del mundo, que al interior de sus sistemas de gobierno disfrazan el absolutismo con una aparente democracia y libertad ciudadana. En la antigüedad, la libertad tuvo muchos enemigos y detractores, ya que las guerras y conquistas de naciones, hambrientas de poder y riqueza, retenían y privaban de la libertad a quienes consideraban sus adversarios, o los convertían en esclavos desprovistos de derechos y de voz.

Las guerras y la conquista de territorios, eran y son aún la excusa para privar al hombre de su libertad; pese a que la libertad es uno de los derechos imprescriptibles y que son anteriores a los poderes establecidos, después de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, en la actualidad se evidencian nuevas formas de esclavitud y explotación humana, como en el caso de Costa Marfil en cuyas plantaciones de cacao los niños son obligados a trabajar sin descanso ni remuneración alguna, o la esclavitud que aún se hereda en Mauritania, o los esclavos por deudas en Asia del sur, o la esclavitud de mujeres y niños en el islam, por citar solo algunos ejemplos.

La violación a las libertades del hombre, ha sido una de las prácticas criminales más reiteradas de los Estados, pese al sin número de batallas sociales y jurídicas que se han librado, así como la promulgación de leyes que prohíben la práctica de conductas restrictivas o que coartan la libertad; es tal vez una problemática que no tenga fin puesto que la libertad, se acepte o no, no es absoluta al encontrarse regulada desde lo social, político, legal, moral y ético; realidad contraria a lo planteado por Sartre quien consideraba que los valores ni la moral representaban un límite a la libertad porque estos no existen de forma independiente del individuo quien determina voluntariamente si los acoge o no y quien está condenado a ser libre. Idea reivindicada desde el planteamiento de Nietzsche quien argumentaba que la libertad se vive desde lo que quiere el ser y no lo que desea el ente, es una idea radical donde el individuo regresa y hace caso a sus instintos, desprendiéndose del control o la tutela de entidades exteriores que le imponen conductas y deberes contrarios a su voluntad e instintos; en otras palabras, para el filósofo, la libertad representa el regreso y la práctica de lo dionisiaco¹⁸.

¹⁷ MALO ARISTIZÁBAL, Mario Madrid. *Derechos Fundamentales*. 3R Editores, Bogotá, 2004, pág. 163

¹⁸ La idea de libertad en Nietzsche se puede rastrear a lo largo de su obra, ya que el ejercicio pleno de la misma, es la muestra de la verdadera naturaleza humana, desprendiéndose de la moral de los esclavos, de la doctrina de occidente que acondiciona la conducta humana y lo encadena con un sistema axiológico

Proyecto liberador que puede ser descubierto en diversas obras literarias, clásicas y modernas, como “*Ambigüedad*” de Elliot Perlman o “*Aura*” de Carlos Fuentes, en las que, a través de personajes como Simón y Felipe Montero, se asoma la intención de dar rienda suelta a los instintos y liberarse del canon; sus pasiones marcan las pautas de su comportamiento, y no las normas de ética y/o moral establecidas por la sociedad.

De igual manera, Hobbes inaugura un discurso sobre la génesis y fundamentos del orden político en la que el punto de partida es la idea de un individuo libre, sin dependencia alguna, sin obligación moral, sin pecado original ni méritos derivados de la creación; un discurso que pone al hombre como artífice del Estado, de la moral, de la justicia, del bien y del mal¹⁹. El hombre que concibe Hobbes, es un hombre liberado de la virtud y de la moral, quien tiene la libertad de ejecutar sus deseos sin someterlos a un filtro moral.

Sin embargo, para Rousseau²⁰ el hombre nace libre en una comunidad que por naturaleza no es caótica ni encaminada a la guerra, como señalaba Hobbes, pero es válido renunciar a esa libertad si por medio del contrato social se delega en un cuerpo social que obedezca a la voluntad de los contratantes.

Por el contrario, desde las restricciones constitucionales y jurídicas, Rawls construye una teoría de la libertad, entendida como principio de la justicia, la cual consiste en una determinada estructura de instituciones, un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes. Colocadas en este ámbito, las personas se encuentran en libertad de hacer algo cuando están libres de ciertas restricciones para hacerlo o no hacerlo y cuando su hacerlo o no, está protegido frente a la interferencia de otras personas²¹. Esta, es una concepción actual y moderna de lo que los sistemas jurídicos entienden como libertad.

Ahora, el anhelo de alcanzar la libertad, no solo se ha presentado desde lo político y social, sino también desde lo cultural como en la literatura, que es el testimonio vivo de las luchas, victorias y fracasos que se han desatado en este sentido, en la época del Romanticismo que buscaba la liberación del hombre en oposición al despotismo ilustrado, que proclama una libertad total, valora lo instintivo y lo

creado por el dogma religioso-cristiano que no es más que una mentira impuesta. Por tanto, Nietzsche aboga por la liberación del espíritu y la emancipación de las masas. Para constituirse el espíritu libre, deberá habitar su propio desierto alejándose de lo social, de la moral y las verdades establecidas, y de este modo alcanzar la autonomía, dando paso al nacimiento del Superhombre.

¹⁹BERMUDO, J.M. *Libertad, Igualdad y Justicia en Hobbes*. [en línea]. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/24692/1/21894-75057-1-PB.pdf>

²⁰ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Espasa Calpe S.A., Madrid, 2007.

²¹RAWLS John. *Teoría de la Justicia*. Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1971. Pág. 193.

pasional; es decir, se explora a fondo la naturaleza humana, contrario a la defensa de la razón como baluarte de la ilustración y el siglo de las luces.

Las aspiraciones de libertad, tanto en la época de los anteriores autores, como en la actualidad, solo son posibles en el imaginario de los individuos, puesto que, sea la libertad objetiva y jurídica que protegen las normas, o la libertad individual y subjetiva, no podrán materializarse en la realidad actual, por cuanto todo el discurso axiológico se ha convertido en discurso político y social, y no como un llamado a la reivindicación del hombre; así, el hombre jamás podrá ser libre no solo desde lo jurídico y material, sino desde lo subjetivo y espiritual.

2.4. Moral

“Con la moral corregimos los errores de nuestros instintos, y con el amor los errores de nuestra moral”. José Ortega y Gasset

Todas las sociedades cuentan con un código moral que marca las conductas que son consideradas apropiadas de las que no lo son, generalmente dichas conductas han sido dictadas por las diferentes religiones más que por una selección voluntaria de las mismas, que a través de la historia han impregnado el sistema jurídico de los Estados.

La moral para tutelar el derecho consiste en un ser por sí y para sí mismo, en un ser autónomo, libre. Por eso la colectividad debe respetar al individuo, en el modo de ser peculiar de este, en los valores propios que le están destinados, y reconocer su autonomía²².

Para reflexionar acerca del valor de la moral es pertinente distinguir entre el “ser” y el “deber ser” del hombre, en la medida que la primera obedece a principios personales, subjetivos e intrínsecos del mismo, a diferencia del segundo que implica una imposición o mandato superior al hombre individualmente considerado. Si bien es cierto que existe (y debe haber) una gran diferencia entre la moral y la ley, esta no es absoluta ya que la creación de la norma no solo se justifica desde nociones objetivas de conducta sino también dichas conductas contienen un valor moral dentro de las mismas, es decir, las normas no pueden ser desprovistas (y en efecto no lo son) de un contenido axiológico, en la medida que estas no están dirigidas a entes inertes que solo obedecen mandatos; por el contrario, son creadas por y para el hombre, que indiscutiblemente tiene anclado a su sistema natural un código subjetivo ético-moral y no es ajeno a un contenido axiológico.

²² SICHES RECASÉNS Luis. Axiología jurídica y derecho natural. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/460/8.pdf>

Además, la moral en si misma considerada es un sistema regulador de conductas que definen las pautas de comportamiento del hombre, al igual que un sistema jurídico; sin embargo, el modo de operación es radicalmente diferente ya que el cumplimiento y respeto de la norma moral nace y obliga desde la voluntad interna del sujeto, mientras la norma jurídica obliga desde un ente u aparato político cuya inobservancia acarrea consecuencias.

Si se acogiera la tesis que a la norma de derecho le es ajeno todo contenido axiológico, se estarían tirando por la borda las constituciones políticas de todas las naciones, debido a que las mismas no solo se componen de normas objetivas como las económicas, sociales y políticas entre otras, sino que estas contienen los derechos fundamentales que garantizan un mínimo vital a sus destinatarios y dentro de las cuales se encuentran valores como la igualdad, la libertad (como icono de victoria de las diferentes guerras para la emancipación de las naciones, v, gr, la francesa) y que deben ser elevadas a la categoría de ley por cuanto su cumplimiento debe ser impuesto.

Hans Kelsen sostiene que el deber ser de la norma jurídica tiene un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica²³. No obstante, lo que Kelsen deja de lado, es que la norma jurídica se piensa, se construye y se aplica con base en la instalación de un sistema axiológico propio de una colectividad, que obedece a unos principios que rigen las conductas de la misma.

Por otra parte, Kant llegó al convencimiento de que la base de la moral reside en la «conciencia del deber». Esta conciencia no obedece a consideraciones de utilidad personal o social ni al sentimiento de simpatía o de benevolencia, sino que constituye una particularidad de la razón humana. Kant afirmó que el hombre ha de ser moral en la vida porque así lo exige la razón²⁴; sin embargo, lo que Kant no contempló o simplemente no reconoció, fueron los deseos y pasiones que mueven y trazan la vida de los individuos, quienes en su mayoría, no estarían dispuestos a renunciar a las mismas, ya que la voluntad del hombre sucumbe muy fácilmente ante sus inclinaciones y deseos, por ello pretender que la moral opere y sea dictada por el hombre a si mismo de forma racional, es desconocer la naturaleza ambigua y compleja del ser.

²³ H. Kelsen en *Teoría pura del derecho* advierte que se pone en peligro la pureza metódica de la ciencia jurídica cuando no se distingue claramente entre el derecho y la moral; lo que importa ante todo es desligar al derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la Moral.

²⁴ KROPOTKIN, P. *Ética: Origen y evolución de la moral*. Recuperado de: <http://www.alcoberro.info/V1/kant17.pdf>

Para Kant²⁵, una norma moral ha de ser universal, ha de valer para todos los hombres en todas circunstancias, y ha de ser necesaria, ha de cumplirse por sí misma. Ha de ser, por lo tanto, de carácter formal; no puede establecer ningún bien o fin de la conducta, ni puede decir cómo se tiene que actuar: ha de contener sólo la forma de la moralidad²⁶; idea que convierte a la moral en un rasero imprescindible para actuar y calificar la conducta de los sujetos, quienes deben prescindir de su naturaleza humana.

La noción de moral concebida por el filósofo prusiano, es una moral idealista, en la que el hombre al ser un individuo racional, se autocontrola y auto determina, en función de lo que considera moralmente correcto, en la que refrena sus pasiones y se comporta objetivamente, por respeto a una ley universal, lo que a todas luces habla de un ser humano utópico de una sociedad inexistente. Sin embargo, reconoce la debilidad del individuo al afirmar que el hombre siente en sí mismo una poderosa fuerza contraria a todos los mandamientos del deber, que la razón le presenta tan dignos de respeto; consiste esa fuerza contraria en sus necesidades y sus inclinaciones, cuya satisfacción total comprende bajo el nombre de felicidad²⁷.

Pensamiento similar a la moral rígida trazada por los estoicos, cuyos preceptos morales se fundamentan en “vivir según la naturaleza”, que significa vivir conforme a la razón. Consideraban que una vida virtuosa, es el dominio de la razón sobre los sentidos, que solo conducen a los bienes y placeres mundanos, siempre azarosos y engañosos.

²⁵ En *La Metafísica de las costumbres* (1797), Kant escribió: “Así como el derecho en general sólo tiene por objeto lo que es exterior en las acciones, el derecho estricto, es decir, aquél que no está mezclado con nada ético, es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio; porque entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud”.

²⁶ KANT Immanuel. (2003). *Crítica de la Razón Práctica*. Buenos Aires, Editorial La Página S.A. Recuperado de: http://www.manuelosses.cl/VU/kant%20Immanuel_Critica%20de%20la%20razon%20practica.pdf. En esta obra, Kant la autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes que les convienen; por el contrario, toda heteronomía del arbitrio, no sólo no funda obligación alguna, sino que más bien es contraria a su principio y a la moralidad de la voluntad. Ceder a la ley moral por la búsqueda de la felicidad propia, es abandonar la razón práctica que defiende el autor en su obra.

²⁷ KANT Immanuel. (2003). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. San Juan, Puerto Rico, Pedro M. Rosario Barbosa. Recuperado de: http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf

Para Kant la moralidad consiste, pues, en la relación de toda acción con la legislación, por la cual es posible un reino de los fines. Mas esa legislación debe hallarse en todo ser racional y poder originarse de su voluntad, cuyo principio es, pues, no hacer ninguna acción por otra máxima que ésta, a saber: que pueda ser la tal máxima una ley universal y, por tanto, que la voluntad, por su máxima, pueda considerarse a sí misma al mismo tiempo como universalmente legisladora. La necesidad práctica de obrar según ese principio, es decir, el deber, no descansa en sentimientos, impulsos e inclinaciones, sino sólo en la relación de los seres racionales entre sí, en la cual la voluntad de un ser racional debe considerarse siempre al mismo tiempo como legisladora, pues sino no podría pensarse como fin en sí mismo.

La felicidad del hombre se la debe basar en la “*Apathia*”, es decir, el dominio del hombre sobre sus afectos, deseos e inclinaciones materiales y mundanas. Por eso, la razón enseña -según los estoicos- que, entre las cosas perecederas y pasajeras, la única durable y absoluta es la actuación de la virtud que para ellos significaba el hecho de “vivir honestamente”. Una vida es virtuosa solamente cuando existe el dominio de la racionalidad de las personas sobre todo lo que tiene que ver con lo sensorial y carnal gracias a la fuerza de la voluntad, que es la única que ayuda al ser humano a imponerse sobre sus inclinaciones hacia lo carnal y sensitivo²⁸.

El hombre, a diferencia de lo sostenido por Kant, y de paso los estoicos, está lejos de liberarse de sus inclinaciones y necesidades a favor del “deber ser” y la moral; el hombre como advierte Hobbes, se ha librado de la trascendencia, de los deberes de la moral y solo se ha sometido a su necesidad biológica. Ante esta posición un tanto egoísta pero realista acerca de la moral, es de resaltar el concepto de lo moral en Schopenhauer para quien la moral consiste en olvidarse -el hombre-, por completo de sí mismo, de su propia individualidad, y reconocerse e integrarse como parte del Universo. La mejor moral para Schopenhauer viene a ser, la moral practicada por Buda, ya que para este pensador la Filosofía a hindú era un maravilloso tesoro de realismo y comprensión del mundo y de la vida.

Nietzsche defiende la idea que el ser humano, contrario a lo planteado por Kant, debe entregarse y obedecer a sus instintos e inclinaciones, debe entregarse a la vida misma, pero no someter su conducta al ente que le ordena como vivir su vida. Esta postura del filósofo alemán, se deriva de su enfrentamiento a la moral cristiana a la cual llamó “la Moral de los esclavos”, o “...moral de resentidos que se oponen a todo lo superior y por eso afirman todos los igualitarismos...” La moral cristiana basada en la fraternidad, solidaridad, igualdad y humildad, hay que sustituirla por una nueva moral: “La Moral de los Señores”, con sus virtudes de fuerza y de voluntad de poder y dominio, porque esta moral propia del Superhombre, está más allá del bien y del mal.

De otro lado, Rudolf Stammler acierta al afirmar que los juicios sobre la conducta moral de otros son siempre dudosos y relativos. El problema de la moral, en su verdadero concepto, se circunscribe a la vida interior del hombre, en la que los extraños no pueden nunca ver de un modo seguro; aunque los juicios sean de por sí acertados, podrá haber el peligro de juzgar a los demás con medida distinta de la propia²⁹. Esta idea del jurista alemán del siglo XIX, es vigente en este siglo, ya

²⁸ VALDIVIA LIMPIAS María Cristina. *Filosofía del Derecho*. Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra UPSA. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. 2012. Pág. 102.

²⁹ STAMMLER Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Recuperado de: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/tratado/presentacion.html

que advierte sobre la complejidad de los razonamientos o criterios morales, en la medida que no existe un juicio unánime en cuanto a lo que es moralmente correcto o incorrecto.

Igualmente, Dworkin considera que el papel de la moral va a estar inmerso siempre dentro del derecho, así sea dentro del positivismo jurídico más injusto, pues las normas tienen una justificación moral que puede darse a partir de un debate democrático o a partir de la justificación de un soberano absoluto; pero además por algo muy simple, las normas son hechas por los hombres y no hay hombres amoraless.

Lo anterior, corrobora que el concepto sobre la moral no solo es variable, sino que aquella permea toda la vida del hombre y por consiguiente sus experiencias en los personal y colectivo.

3. DERECHO Y LITERATURA

“Los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no casualmente muchos mitos expresan que los poetas también fueron los primeros legisladores”. Claudio Magris

El derecho y la literatura tienen profundas relaciones desde hace miles de años. Es quizás en Grecia donde se las empieza a ver claramente, en especial en las tragedias, siendo el ejemplo paradigmático *Antígona* de Sófocles. A partir de los trágicos griegos los escritores han tenido especial interés por el derecho. Lo han estudiado, lo han retratado, y, quizás lo más importante de todo, han discutido sus grandes temas con una claridad que los hace vigente hasta el día de hoy. Es así como sería posible argumentar que, para saber y discutir de justicia, un buen lugar a acudir sería la literatura. El tema de la justicia es recurrente, y tiene un desarrollo importante que es útil hacer notar³⁰.

Muchas de las grandes obras de la literatura, es decir, obras que pueden considerarse como parte del llamado “canon occidental”, han tratado el tema del derecho y en particular el tema de la impartición de justicia. La aproximación preferida por los autores de estas obras de arte, está enfocada al tratamiento de fenómenos propios del derecho penal (el cautiverio, la aplicación de la pena corporal, la espera de la aplicación de la condena a muerte). Muchos de los más grandes nombres de la literatura universal han tratado el tema: Balzac, Meville, Hawthorne, Víctor Hugo, Zola, Dostoievsky, Stendhal, Kafka, etc³¹.

Las relaciones obvias y no tan obvias entre derecho y literatura, no fueron reconocidas por el jurista Hans Kelsen, quien se empeñó en cimentar una verdadera teoría general del derecho, cuyo objeto es una idea pura del derecho que no tenga contaminaciones sociales, económicas o morales³².

³⁰ HOLT CORREA Emilia Jocelyn. *Jurídicamente Literario: análisis literario del derecho. El estado de la discusión y proyecciones para Chile*. Universidad de Chile. Revista DERECHO Y HUMANIDADES, Nº 22, 2013, pp. 239-259

³¹ PEREZ Carlos. *Derecho y Literatura*. ISONOMIA No. 24. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Abril 2006.

³² La idea subyacente en la teoría pura del derecho es la autonomización del Derecho de la Política, Sociología, Moral e Ideología. Esta autonomización busca otorgar al derecho unidad y carácter científico, lo consagra como una disciplina positivista. Kelsen en la teoría pura, opone el positivismo jurídico (o iuspositivismo) con el derecho natural. En la obra se identifica la predominancia absoluta del derecho positivo como orden normativo y las constantes negaciones de supuestos dualismos como: el derecho natural/positivo, derecho público/privado, derecho/estado, etc.

Pensamiento por demás reduccionista, ya que el derecho no es un fenómeno aislado de la sociedad que lo concibe, no se aplica a entes u objetos acabados y perfectos, porque de serlo no existiría el derecho. Aislar el derecho de la idea de Justicia, es dejar sin esencia el fenómeno jurídico, y es aislarlo del contacto con el hombre.

Por otra parte, las relaciones entre Derecho y Literatura, se han concentrado en tres aspectos especiales: La **dimensión artística o literaria**, en la que las instituciones jurídicas han sido tratadas en diversas obras pertenecientes a diversos géneros literarios. Así, el tema del derecho ha sido tratado por poetas, dramaturgos, narradores, ensayistas y, desde el origen de la cinematografía, por guionistas. La **dimensión interpretativa** el debate fundamental ha sido generado por el inmenso desarrollo que las técnicas hermenéuticas han tenido en el campo de los estudios literarios, mismas que no han pasado desapercibidas por muchos de los más prestigiados pensadores jurídicos contemporáneos; y la **dimensión escrita** ya que ambas disciplinas suceden en la escritura, se realizan escribiéndose; están íntimamente vinculados al lenguaje, pues trabajan fundamentalmente con la palabra, el texto, el discurso, la narración, en suma, con la comunicación.

Ahora, desde lo formal y/o lingüístico, es posible encontrar igualmente, relaciones entre el derecho y la literatura, ya que ambos son producto del lenguaje, y este es un sistema vivo de signos, símbolos, significados, entre otros, que facilita la interpretación del mundo. El lenguaje es como lo advierte Sartre, una actitud del espíritu, que es determinado por la acción y no fuera de ella³³. De este modo, derecho y literatura se encuentran en esta línea en común, puesto que la literatura provee desde su lenguaje y sus códigos, una herramienta valiosa para el entendimiento de las conductas reguladas por el derecho, pero también lo dota de intuición, de sentidos, de otredad. La literatura siempre tiene algo que contar y el derecho debe estar atento a escuchar aquello que se le quiere comunicar, como un sistema de valores, conductas, eventos históricos y modernos, transformaciones sociales, la condición humana, luchas personales, etc.

De otro lado, la literatura y el derecho, pese a ser comunidades disciplinares distintas, se encuentran en la realidad social (derecho) y en la realidad subjetiva (literatura); la literatura, por un lado, aporta herramientas valiosas para que los abogados, jueces y demás, lean y escriban críticamente, oficios que indiscutiblemente desempeña esta comunidad en su quehacer diario.

³³ SARTRE Jean Paul. *¿Qué es literatura?* Editorial Losada S.A. Buenos Aires. Argentina. 1957.

En derecho, la construcción de la verdad jurídica desde la razón, es una visión sesgada de la realidad social, ya que plantear una axiología jurídica solo desde la razón y la objetividad es pretender que el individuo es materia acabada y conocida.

Ahora, la literatura más allá de generar un placer, tener una belleza y una naturaleza estética, es historia y lenguaje vivo que produce emociones y sensaciones. La literatura aporta al derecho lo que Kant advertía en su obra *Crítica de la Razón Pura*, donde todo conocimiento requiere de dos facultades: la sensibilidad y el entendimiento, en la que la primera los objetos son dados a través de las intuiciones, mientras que la segunda aquellos son pensados mediante conceptos; entonces, la sensibilidad que aporta la literatura posibilita razonar de forma diferente no solo la axiología jurídica sino la praxis de la misma.

Más allá de la obviedad que el derecho es un ejercicio literario, es un entramado de valores, principios, conductas y sanciones propias del individuo tanto en su ámbito individual como social; de este modo, el derecho muestra el ideal de la sociedad y el hombre mismo, cuenta como es el “deber ser” de esta y aquel, pero también enseña las consecuencias que acarrea el quebrantar ese ideal y el orden que pretende crear. Esta lógica jurídica no es ajena a la literatura, que desde su función estética también presenta un ideal (o no) del hombre y la sociedad.

Los textos literarios se enmarcan en acciones de los individuos al interior de las mismas, que en múltiples ocasiones son el insumo para el análisis, reflexión y crítica jurídica; por ello, efectuar un ejercicio hermenéutico de la literatura para el derecho no es en lo absoluto descabellado o inútil, es en cambio un profundo estudio alrededor de dos disciplinas que tienen más conexiones que diferencias.

Tanto el derecho como la literatura se encuentran inspirados en la axiología y las conductas del hombre, al interior de estas se encuentran dilemas sociales y morales, cuestionamientos, que implican una profunda reflexión. Aparte de establecer las relaciones formales entre el derecho y la literatura, que igualmente son válidas e interesantes para conocer la génesis y el avance de esta particular relación, lo importante es entender como de esa relación surgen aportes para la práctica integral de la ciencia jurídica y la trascendencia de lo literario en el sujeto.

3.1. Desarrollo histórico del Movimiento Law y Literature

El movimiento *Law and Literature* se desarrolló a lo largo del siglo XX y su evolución se divide en tres periodos distintos: el primer momento se da a comienzos del siglo y hasta el fin de la década del 30, cuando surgen los primeros escritos propiamente sobre el tema, tanto en Estados Unidos como en Europa.

Viene después un segundo momento –intermedio– en el que se continua la producción, profundización y difusión de estos estudios, en Europa durante las décadas del 40 y 50, y en Estados Unidos con el renacimiento del *Law and Literature Movement* en la década del 70. El tercer momento es cuando se introduce la materia Derecho y Literatura en el plan de estudios de los departamentos universitarios y de los centros de investigación –principalmente en los Estados Unidos– en la década del 80.

Este movimiento alcanza una etapa fundamental en Europa entre los años 1940 y 1960, lo que viene siendo la fase intermedia, con la publicación, por ejemplo, de la obra de Ferruccio Pergolesi, quien considera a la literatura como un complejo material jurídico que contribuye a conocer la historia del derecho de un pueblo y quien más adelante defenderá también la importancia de la literatura para los estudios de sociología del derecho, para la discusión sobre problemas éticos y para captar lo que él llama “el sentimiento jurídico”. Durante esta época se produce en Estados Unidos un enriquecimiento del estudio del Derecho y Literatura con la publicación de diversos textos y ensayos especializados.

A partir de 1970, con el renacimiento del *Law and Literature Enterprise*, se expande el universo del análisis del fenómeno jurídico para tornarse ya no descriptivo, sino narrativo y prescriptivo; sobre todo a partir del trabajo de James Boyd White, titulado *The Legal Imagination: Studies in the Nature of the Legal Thought and Expression* (1973), donde el autor intenta demostrar que el derecho es un sistema cultural en el que participan la imaginación y la creatividad literarias, como componentes de la racionalidad jurídica. La consolidación del estudio del Derecho y Literatura se da en la década del 80 con la afirmación definitiva del *Law and Literature Movement*, “en especial en el ámbito académico, con el surgimiento de nuevos departamentos universitarios y la afirmación de una serie de instituciones que se orientan específicamente en relación con tales estudios”³⁴.

Igualmente, desde los años 80, se han desarrollado en Francia, España, Italia y Alemania estudios y obras de autores interesados en el tema, el cual cada vez ha cobrado mayor importancia en las escuelas de Derecho en Estados Unidos y Europa, que han reconocido el indiscutible vínculo entre ambas disciplinas, y el valioso aporte que la literatura hace al derecho.

³⁴ JIMENEZ Manuel de J, CABALLERO Rafael. *El Movimiento Derecho y Literatura. Aproximaciones históricas y desarrollo contextual*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/31437/28423>

En el caso particular de Estados Unidos, se formó todo un movimiento al respecto, gracias a la obra de James Boyd White: *The Legal Imagination*, quien ha considerado que la conceptualización del derecho debe entenderse a partir de la retórica, de la cultura compartida y de la integración social.

Otro de los protagonistas principales de este movimiento es Richard Weisberg, cuyo pensamiento se caracteriza por una clara ambición ética, al afirmar que, a través del derecho se sobreentiende una aspiración de justicia. Weisberg atribuye a la literatura la capacidad de fincar el derecho sobre fundamentos culturales, y, en este sentido, el uso contingente del lenguaje por parte de los juristas en relación con la retórica. No obstante, Richard Posner fue un crítico de este movimiento al afirmar que la perspectiva realista –y no la literaria– es la de mayor interés para los juristas. Esto es así porque operar el derecho es una actividad compleja que exige una considerable habilidad técnica e instrumental, por ello, la posición de subordinación del intérprete respecto del texto debe entenderse como una condición de legitimidad de la interpretación jurídica. En consecuencia, la trascendencia de la literatura para el estudio del derecho se limita a la representación de la condición humana, lo que permite al jurista acercarse a la sabiduría y a la justicia.

De otro lado, Martha Nussbaum sostiene que la conexión entre el derecho y la literatura se fundamenta en la capacidad que tiene la narrativa literaria de exhibir contenidos universales y, al mismo tiempo, evocar un sentimiento de afinidad a partir de los personajes e historias contadas. Nussbaum se vincula a la perspectiva ética del derecho en la literatura, en particular respecto de la comprensión y la realización de la justicia.

Por otra parte, las altas cortes en Colombia han elaborado jurisprudencia tomando mano de los recursos literarios en las consideraciones de sus fallos, lo que se denomina jurisprudencia literaria. Se entiende por jurisprudencia literaria aquellas sentencias dentro de las cuales se hace uso de recursos literarios, bien sea por la citación de un extracto de una novela, un cuento o un poema, la referencia a alguna obra o personaje, el parafraseo de un hecho propio de una historia de ficción, o cualquier otro medio por el cual se utilice la literatura dentro de los argumentos o hechos jurídicos³⁵.

En sentencias del Consejo de Estado, se ha hecho hincapié en el acceso a la justicia, citando la obra de Kafka *El proceso*; además, citan a Jorge Luis Borges para hacer consideraciones frente a la idea de dignidad humana, o el Quijote de la Mancha para hacer un análisis psicológico de una de las partes dentro del

³⁵ SOTO HOYOS, Juan Francisco. *Jurisprudencia literaria en Colombia: los usos de la literatura en las decisiones judiciales*. Summa Iuris, 2. (julio – diciembre, 2014) pp. 217-251.

proceso; o la obra *1984* de George Orwell para reforzar los argumentos del derecho a la intimidad; hasta Octavio Paz, José Saramago y Charles Dickens³⁶.

El derecho y la literatura comparten y conocen de las desgracias, conflictos y avatares del hombre, afrontan el peso de la injusticia, enfrentan dilemas morales y éticos; así, desde la literatura, se reflexiona en torno a las conductas y dinámicas de una sociedad, se lee e interpreta críticamente su esencia, por tanto, no es solo una herramienta pedagógica o de enriquecimiento personal, es también una herramienta técnica que nutre la aplicación del derecho.

En conclusión, el derecho y la literatura tienen interesantes puntos de encuentro que enriquecen el estudio de una y otra, lo que es posible confirmarlo con las diversas teorías alrededor de esta relación que en la actualidad no resulta extraña, sino necesaria y que infortunadamente, ha sido poco estudiada en el ámbito Latinoamericano ni se ha tenido en cuenta en la mayoría de las universidades de esta región; desconociendo los valiosos aportes que un estudio transversal entre derecho y literatura, forma mejores e íntegros profesionales en el ámbito jurídico que es tan importante en el desarrollo de la sociedad, que solicita con urgencia profesionales preparados no solo en lo académico sino también en lo humano.

3.2. Corrientes del Movimiento *Law and Literature*

Se pueden diferenciar tres grandes corrientes dentro del movimiento de Derecho y literatura, a saber: el derecho *de* la literatura, el derecho *en* la literatura y el derecho *como* literatura.

El ***derecho de la literatura*** se ocupa de estudiar el conjunto de normas, tanto civiles como penales, que regulan la producción literaria, tales como las normas relativas a los derechos de autor o las normas que imponen límites a la expresión artística y literaria, es decir, las normas que desarrollan la libertad de expresión, en el marco de otros derechos constitucionalmente protegidos, como, por ejemplo, las normas relativas a la obscenidad, la difamación, la blasfemia, la pornografía, la

³⁶ El recurso literario en la jurisprudencia colombiana se puede encontrar en las siguientes sentencias: Consejo de Estado: 1) Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Sentencia del 26 de marzo de 1998, consejero ponente Carlos Arturo Orjuela Góngora. 2) Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, consejero ponente Enrique Gil Botero. 3) Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2011, consejero ponente Enrique Gil Botero. Corte Suprema de Justicia: 1) Sala de Casación Penal, sentencia del 22 de junio de 2005, magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón. 2) Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de abril de 2006, magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla. Corte Constitucional: 1) Sentencia T-611 de 1992, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo. 2) Sentencia C-074 de 1993, magistrado ponente Ciro Angarita Barón. 3) Sentencia T-049 de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero. 4) Sentencia C-152 de 2003, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

incitación a la violencia contra ciertos grupos raciales o religiosos, la apología de actividades terroristas o la sedición.

El **derecho en la literatura** tiene como objeto de estudio el análisis de los textos literarios que examinan cuestiones jurídicas tales como la justificación del castigo, el trato que el derecho dispensa a las minorías, el valor simbólico del Derecho, la igualdad de género, el sentido de la justicia, así como los textos literarios que ofrecen representaciones del carácter y función de los juristas, especialmente, de los jueces y abogados. De este modo, la literatura funge como fuente privilegiada en la que se infieren informaciones y subsidios intelectuales que contribuyen en la comprensión de las relaciones humanas que componen el tejido social. El estudio de una concepción narrativa del derecho potencia la dimensión simbólica del derecho, ayudando al aprendizaje del derecho a partir de los valores expresados por la literatura³⁷.

El **derecho como literatura**, abarca una diversidad de aproximaciones al estudio del Derecho que tratan de examinar algunos de los aspectos que caracterizan, de manera central, tanto al Derecho como a la literatura. En esta postura, algunos autores enfatizan la relación desde lo narrativo, otros desde la retórica, y otros aplican las herramientas del análisis literario para estudiar la forma, estructura y propiedades estilísticas de los textos jurídicos. En este sentido, en 1925, del ensayo *Law and Literature* (1925), del juez Benjamín Cardozo, orientado hacia el estudio del derecho como literatura, en el que examina la cualidad literaria del derecho, proponiendo la lectura e interpretación de las sentencias judiciales como ejemplos de literatura.

Y finalmente el **derecho por la literatura**, que abarca las hipótesis a partir de las cuales un actor jurídico, por ejemplo, un miembro del parlamento o un autor de doctrina, moviliza la escritura literaria para asegurar una difusión más grande de las tesis que sostiene.

En su artículo “*Derecho y literatura: en la frontera entre los imaginarios jurídico y literario*”³⁸, François Ost establece las diferencias y las convergencias entre el Derecho y la Literatura. Entre las diferencias, manifiesta que la literatura libera posibles, el derecho codifica la realidad: la instituye mediante una red de calificaciones convencionales y la encierra en un sistema de obligaciones y prohibiciones.

³⁷ JIMENEZ Manuel de J, CABALLERO Rafael. *op. cit.*, p. 57.

³⁸ OST François. *Derecho y Literatura: En la frontera entre los imaginarios jurídico y literario*. trad. de Oscar Enrique Torres, en Torres, Oscar Enrique (coord.), *Derecho & Literatura. El derecho en la literatura*, México, Editorial Libitum, 2017.

Éste es, entonces, el trabajo de la literatura: cambiar completamente las convenciones, suspender las certidumbres, liberar posibles: despejar el espacio o liberar el tiempo de las utopías creadoras. Sin embargo, frente a este enunciado del filósofo belga, más que considerarla una diferencia es establecerla como un complemento, en la medida que, si la literatura es una liberación de posibilidades sin freno, es entonces el derecho el que regula y controla dicha libertad; es decir, que derecho y literatura son caras opuestas de la misma moneda, son “realidades” paralelas que hacen parte de la esencia de lo humano, son el ser y el deber ser.

La segunda diferencia que plantea Ost, es que el derecho toma decisiones que se esfuerza en mantener en nombre de la “seguridad jurídica”, a la cual se atribuye una gran importancia. El derecho resuelve entre intereses opuestos y establece jerarquías entre las pretensiones rivales. Así lo requiere su función social, la cual le impone estabilizar las expectativas y reconfortar las angustias. Liberada de dichas constricciones, la literatura más bien genera sorpresa: maravilla, incomoda, siempre desorienta.

La tercera diferencia es frente al estatus de los individuos en ambos discursos, en el que el derecho produce personas y la literatura produce personajes. Nuevamente frente a esta posición se difiere ya que el derecho, más allá de lo formal y evidente, si contempla personajes, que se producen y plasman en su sistema codificado partiendo de lo que “debe ser” la conducta de ese personaje, en otras palabras, el legislador ha creado unos personajes a partir del imaginario de las conductas que reprueba la sociedad en aras de conservar el orden y la seguridad jurídica. Además, un sin número de situaciones, eventos y personajes que la literatura retrata, que antes eran inimaginables, en la actualidad se presentan.

Y la cuarta diferencia entre derecho y literatura es que mientras que el derecho acontece en el registro de la generalidad y de la abstracción -se dice que la ley es general y abstracta-, la literatura se despliega en lo particular y en lo concreto.

En cuanto a las convergencias o puntos de relación de ambas, expone que el derecho no se limita a defender las posiciones instituidas, sino también ejerce funciones instituyentes, lo cual supone creación imaginaria de significados sociales históricos nuevos y deconstrucción de los significados instituidos que son obstáculo para los primeros. Por el contrario -y simétricamente-, la literatura no se limita a actuar sobre el aspecto instituyente del imaginario, sino que también se apoya sobre sus formas instituidas.

En segundo lugar, sostiene que la literatura no es ajena a las normas y a las formas instituidas. Sin duda, su objeto es aquél de la historia individual, sin que ello quiera decir que su alcance no sea colectivo o incluso universal. Algunas veces, también la literatura actúa como portavoz de minorías oprimidas y de corrientes políticas marginales cuando evoca los códigos de honor prevalecientes en el seno mismo de la modernidad. Inversamente, también existen obras (pero éstas son las menos interesantes) en las que la pluma del escritor se pone directamente al servicio del soberano. El hecho de que la acción literaria esté vinculada con las formas y normas instituidas, también puede observarse en el ámbito de las reglas de la escritura.

Con el reconocimiento de que el lenguaje es común tanto al derecho como a la literatura en su aspecto discursivo, renace la perspectiva retórica del derecho. En efecto, esta intersección disciplinar reconoce el uso persuasivo del lenguaje, que, orientado al convencimiento discursivo, tiene la capacidad de afirmar los valores e intereses de una determinada sociedad. En consecuencia, estos estudios han ayudado a crear un puente entre la filosofía jurídica analítica y la posmoderna, pues sucede que en los últimos años algunos juristas han encontrado en el legado hermenéutico y deconstructivista una importante alternativa para superar el positivismo jurídico³⁹.

En último lugar, es pertinente advertir que no se trata de transformar el derecho en literatura o de argumentar que todo el sistema jurídico está emparentado desde todos los ángulos al texto literario; si bien es cierto que ambas disciplinas tienen puntos de encuentro, comparten características desde lo lingüístico, estructural y formal, no es menos cierto que tienen diferencias que hacen de cada una de ellas un fenómeno único, solo que es interesante y además necesario resaltar y aplicar las bondades que ofrece la literatura al ejercicio jurídico, con el único fin de que este se materialice como debe ser.

3.3. Relación Dialógica

El derecho y la literatura comparten entre otras cosas, la génesis y el desarrollo de la humanidad, puesto que al conocer la historia de la literatura es evidente encontrar la relación entre la historia de esta y aquella, en la medida que el devenir de los textos literarios, sus influencias y transformaciones, dan cuenta de la evolución misma del derecho, el cual ha superado su descripción costumbrista, moral, natural, legalista hasta la positivista; en otras palabras, el derecho y la literatura han avanzado juntas de la misma manera, desde orillas pero conectadas por el avance (o retroceso) del protagonista de ambas: el ser humano.

³⁹ JIMENEZ Manuel de J, CABALLERO Rafael. *op. cit.*, p. 58.

James Boyd White como precursor del movimiento “*Derecho y Literatura*”, consideraba que el derecho no es una ciencia, no es un sistema de reglas y principios, y no es reducible a decisiones políticas o intereses de clases; el derecho es esencialmente parte de una cultura, ya que el derecho utiliza el lenguaje y las personas que trabajan con este deben aprender a usarlo como su materia prima, a construir algo nuevo de materiales ya existentes, tal como un escultor aprende a trabajar la greda o el yeso. Como es arte de la palabra, es, en el fondo, una forma de literatura. Para todos estos aspectos, es esencial que el derecho funcione con imaginación. Así el abogado debe imaginar quién es su cliente, cuál es su historia, cómo armar la información que tiene para convencer; el legislador, a su vez, imaginar el futuro, y qué harán con lo que él ha escrito. Por todo esto, el juez es a su vez un poeta, que no va midiendo científicamente como un matemático⁴⁰.

Una de las tesis más importantes de White es justamente que el derecho es un arte de lectura y de escritura, atributo de una irrecusable herencia lingüística, que constituye, en cierta medida, una cultura de la argumentación, a través de la cual se opera, simultáneamente, la preservación y la transformación de los textos, de las ideas y de los valores jurídicos de una determinada comunidad. Por ende, en lo que respecta a los conceptos de texto y de interpretación, White se presenta como un adversario del modelo literalista, entendiendo que la lectura de los textos jurídicos comporta – de la misma forma como ocurre con la lectura de los textos literarios – una actividad creativa e interactiva entre el texto y su lector⁴¹.

Por su parte, Richard Weisberg, quien formaba parte del movimiento Derecho y Literatura, consideraba que la literatura constituye una excelente fuente de conocimiento del derecho, porque trata dimensiones del fenómeno jurídico que normalmente no son abordadas por los métodos tradicionales. Cuatro son los elementos básicos demostrados por las historias y eventos literarios: (a) cómo los juristas se comunican, esto es, se expresan y construyen sus discursos; (b) cómo los juristas se relacionan con los otros, especialmente a partir de las obras de Camus y Dostoiévski; (c) cómo los juristas estructuran sus argumentaciones y, finalmente, (d) cómo los juristas se sienten.

⁴⁰ HOLT CORREA Emilia Jocelyn. *Jurídicamente Literario: análisis literario del derecho. El estado de la discusión y proyecciones para Chile*. Universidad de Chile. Revista DERECHO Y HUMANIDADES, Nº 22, 2013, pp. 239-259

⁴¹ KARAM TRINDADE André y MAGALHÃES GUBERT Roberta. *Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho*. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4, 2009. Universidad de Buenos Aires.

Ahora, retomando al filósofo Francois Ost, quien realza la relación y dialogo entre el derecho y literatura, para quien la fusión entre ambas no es causalidad, indica que el derecho que busca en la literatura es el que asume las cuestiones más fundamentales, como la justicia, el derecho y el poder. No es posible, por tanto, olvidar que al interior del derecho operan incansables fuerzas centrifugas que algunas veces quedan deliberadamente olvidadas por un compromiso con la racionalidad formal; por ejemplo, aquellas que hacen diariamente de los tribunales una escena de dramas individuales que para muchos no pueden reducirse a calificaciones predeterminadas, como si irremediabilmente la vida siguiera hacia adelante, siempre hacia una renovada singularidad⁴².

Inclusive, el psicólogo estadounidense Jerome Seymour Bruner reconoció la relación dialógica entre ambas disciplinas, declarando que los relatos en sede judicial por más ligados que estén a normas procesales, precisan empezar con la evocación de realidades familiares, convencionales, ya sea para, siquiera, echar luz sobre las desviaciones de estas. Así, los relatos judiciales también abrevan en una tradición narrativa consolidada⁴³.

El pensamiento de Bruner frente a esta conexión o vínculo entre derecho y literatura, es planteado desde el relato, es decir, desde la estructura narrativa que comparten uno y otro, debido a que, según el psicólogo, los relatos judiciales deben respetar los recursos de la gran narrativa si quieren obtener lo máximo del juez o jurado, y el abogado comprometido con una causa debería leer novelas y obras de teatro que traten el tema de su causa para escoger una estrategia jurídica.

Por otra parte, el escritor italiano Claudio Magris, también explora la relación entre el derecho y la literatura. Sostiene que toda obra de arte revela una esencia moral y es afín a una ley previa, ajena a la arbitrariedad del sentimiento.

⁴² OST como partidario de la relación dialógica entre el Derecho y la Literatura, estudia particularmente la corriente del Derecho en la literatura, en la que ambas partes se reconocen como comunes, complejas y desarrolladas. Asimismo, hace un recorrido desde los textos bíblicos hasta Kafka para comprobar como el derecho ha sido examinado por la literatura, como desde Moisés se entrega al pueblo las "Tablas de la Ley", pasando por Grecia donde Esquilo en la *Orestia* pone sobre la mesa el tema de la venganza que permite investigar nuevamente la relación entre ambas disciplinas, hasta la figura de Robinson Crusoe como arquetipo del éxito occidental. Pero para el jurista, Franz Kafka como autor emblemático del siglo XX, crea abismos profundos en torno a la justicia y las instituciones judiciales, cuyo universo simbólico puede ser deconstruido en términos literarios y jurídicos.

⁴³ BRUNER Jerome. *La Fábrica de Historias. Derecho, literatura, vida*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 28

Pese a que muchas historias literarias son contrarias al derecho y a sus prácticas, ellas mismas encarnan leyes en un plano profundo siguen una coherencia interna y representan en parábolas los mensajes contenidos en mandamientos y leyes generales.

Desde el discurso deconstructivista, Jacques Derrida⁴⁴ advierte que la historia de la literatura se entrelaza con la historia del derecho en la medida que sus condiciones de posibilidad histórica están dadas por el derecho. La Literatura constituye una posibilidad del derecho. Para el filósofo argelino, el derecho puede ser deconstruido, puesto que el derecho es criticable, siempre limitado a consideraciones históricas y construido performativamente; por ello, el derecho es deconstruible. Entonces, a través de la deconstrucción es posible evidenciar las ambigüedades, fallas, debilidades y contradicciones del derecho, desmontar su estructura y transformarla a través del ejercicio literario constante. Lo anterior como consecuencia de ajustar la ciencia jurídica a las necesidades sociales actuales, lo que demanda de los profesionales de la misma, un mayor compromiso y disciplina frente al entendimiento y estudio de lo jurídico.

Finalmente, la filósofa estadounidense Martha Craven Nussbaum⁴⁵, quien defiende abiertamente el papel de la literatura en el derecho, remite a la esfera de lo público (especialmente el derecho) la imaginación literaria; donde lo literario contribuye significativamente en el análisis y aplicación del derecho. Nussbaum advierte como la narrativa literaria encarna el sentido de la vida, es subversiva, permite imaginar posibilidades inexistentes, brinda una guía valiosa para nuevas y críticas indagaciones, que a partir de la fantasía posibilita la valoración de lo humano, de los sufrimientos y de las alegrías, donde el lector encara la obra, la valora y establece un punto de vista frente a la misma.

⁴⁴ Para Derrida, deconstruir el derecho significa reducir éste a sus paradojas, poniendo de relieve que carece de un sentido determinable. Contra las apariencias, en él todo es transformación constante y aplazamiento significativo, *différance*, que está indisolublemente unida a la paradoja de su fundación, pues ésta no tiene otro soporte que la violencia, entendida en el sentido de fuerza arbitraria. El derecho es deconstruible porque es construcción continua (mediante capas de sentido históricamente producidas, y como tales interpretables y transformables) y, al carecer de fundamento racional último, tiene que autorizarse a sí mismo.

⁴⁵ Nussbaum defiende que la literatura no es mero entretenimiento consumible, ni producto periclitado del mundo burgués; desarrolla la imaginación y puede educar las capacidades que sirvan para mejorar los análisis de la realidad que se pretenda transformar. Afirma que no pretende que la gestión pública inspirada por este concepto de imaginación literaria sustituya las políticas técnicas, sino solo hacerlas más eficaces. Y es el género novelístico, por su propia forma y estructura, el que mejor contribuye a educar y desarrollar las actitudes, pensamientos y sentimientos que mejoren la vida moral y política, y así difundir un cierto sentido normativo de la vida y una teoría del bien que incluye la democracia, la compasión, el respeto a la complejidad y a las diferencias cualitativas.

Nussbaum postula en su obra *Justicia Poética* que la imaginación y la sensibilidad poéticas contribuyen a repensar la noción de justicia y, eventualmente, a lograr un modelo de sociedad más justo y compasivo. A la par, Nussbaum afirma que sin la literatura los jueces no podrán ser buenos jueces, los legisladores buenos legisladores, los economistas buenos economistas, lo que resulta una afirmación sesgada e idealizadora, puesto que, si bien es cierto que lo literario mejora considerablemente el ejercicio jurídico no significa que sin el aquel no se desarrolle de forma adecuada, pese a los innegables beneficios y virtudes de la literatura en lo jurídico.

Otra postura idealista de esta filósofa, es que las emociones racionales y dignas de confianza deben ser aquellas bajo las cuales el jurado tome la decisión acerca de un juicio, lo cual resulta bastante complejo en la medida que la “inteligencia emocional” no es característica particular en un juicio; refrenar emociones, escogerlas y convertirlas en algo racional no es tarea fácil. Además, el sistema jurídico con base en el cual Nussbaum idealiza su postura, difiere de otros sistemas jurídicos alrededor del mundo que no operan con jurados sino con la decisión única de un juez. No obstante, no es posible desconocer el importante aporte que esta filósofa estadounidense ha realizado al estudio y acercamiento entre el derecho y la literatura, como también es pertinente reconocer el acierto de la postura humanista y empática que debe asumir el derecho, concluyendo que el juez literario tiene una mayor comprensión de los hechos que aquel que no se acerca a lo literario.

Lo anterior demuestra como la brecha entre lo literario y lo jurídico es cada vez más estrecha, en un mundo como el actual en el que un conocimiento único e irrefutable no es siquiera posible, en el que dicho conocimiento se encuentra transversalizado desde diversos saberes y disciplinas que buscan que el individuo sea integral, crítico y participe de los procesos y dinámicas de las sociedades.

4. SISTEMAS DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA AXIOLÓGICA EN LA LITERATURA

En la literatura universal se hacen evidentes, en no pocas ocasiones, los sistemas jurídicos que operan al interior de las sociedades que se reflejan en las obras, revelando los códigos éticos y la escala de valores imperantes en las mismas, que en la mayoría de los casos escapan a la ficción pero que enriquece la creación literaria.

Los sistemas jurídicos imperantes en un estado en particular se manifiestan en las grandes obras de la literatura, dentro de las cuales se rastrea la estructura axiológica que compone dichos sistemas, y en los que un valor u otra cobra protagonismo dependiendo de la época histórica que se retrate en la obra.

En la literatura aparece la antinomia entre autoridad humana (normas) y las “leyes no escritas” que provienen de la voluntad divina como en la tragedia *Antígona* de Sófocles, en cuyos versos se apoyan aquellos que defienden la existencia de un derecho absolutamente válido superior y anterior a las leyes humanas. Asimismo, la invocación al derecho natural sirvió a los juristas estadounidenses del siglo XVIII para proclamar y autenticar la independencia de su país respecto a Gran Bretaña alegando su derecho de resistencia a la opresión, "consecuencia de todos los demás derechos" que acogen también las constituciones francesas de 1789 y 1793.

No obstante, en el caso particular, no se pretende establecer las relaciones evidentes entre derecho y literatura, a partir de los sistemas de justicia que la literatura universal ofrece; por el contrario, se trata de profundizar y reflexionar acerca de los grandes dilemas que la literatura ofrece y que en no pocas ocasiones el fenómeno jurídico no puede resolver.

Es un ejercicio de adentrarse en lo más profundo y complejo de ambas disciplinas y lo que estas en conjunto aportan al conocimiento de aquellos que escogen una u otra de ellas. La literatura descubre y describe situaciones jurídicas concretas a través de diversas obras.

4.1. Crimen y Castigo de Fiodor Dostoievski.

*“La sangre ha corrido siempre en oleadas sobre la tierra.
Los hombres que la vierten como el agua obtienen un puesto en el Capitolio
y el título de bienhechores de la humanidad”.*

La obra de Dostoievski ahonda en la miseria y en los conflictos del hombre; sumerge al lector en la pobreza material y en la angustia ambientada con escenarios sombríos, desoladores y desesperanzados. Enseña una realidad conocida y evidente pero que se prefiere ignorar debido al ambiente desagradable que la compone. A lo largo de la historia, el lector conoce cada vez con más detalle las tribulaciones y tormentos de su protagonista antes y después de cometer el delito que pretende justificar desde diferentes puntos de vista, pero que al final lo llevan a sucumbir ante la presión psicológica del crimen que ha cometido.

En este texto literario, el autor privilegió con mayor fuerza el aspecto criminal y delictivo debido a que contiene un enfoque desde el derecho penal que deja al descubierto las características del mismo. Por ejemplo, es interesante como el autor hace un recorrido por el *iter criminis*⁴⁶ detallando cada paso del delito cometido por Raskolnikof, durante la cual transita en la fase interna del delito en la que prepara mentalmente los actos a ejecutar para llevar a cabo el asesinato de la prestamista, en su mente cabila las justificaciones que lo conducen a su conducta:

“Si uno la matase y se apoderara de su dinero para destinarlo al bien de la humanidad, ¿no crees que el crimen, el pequeño crimen, quedaría ampliamente compensado por los millares de buenas acciones del criminal? A cambio de una sola vida, miles de seres salvados de la corrupción. Por una sola muerte, cien vidas. Es una cuestión puramente aritmética. Además, ¿qué puede pesar en la balanza social la vida de una anciana esmirriada, estúpida y cruel? No más que la vida de un piojo o de una cucaracha. Y yo diría que menos, pues esa vieja es un ser nocivo, lleno de maldad, que mina la vida de otros seres”. (Dostoievski, pp. 45)

“Raskolnikof se preguntaba si era esta enfermedad la que motivaba el crimen, o si el crimen, por su misma naturaleza, llevaba consigo fenómenos que se confundían con los síntomas patológicos. Pero era incapaz de resolver este problema. Después de razonar de este modo, se dijo que él estaba a salvo de semejantes trastornos

⁴⁶ Locución latina, que significa «camino del delito», utilizada en Derecho penal para referirse al proceso de desarrollo del delito, es decir, las etapas que posee, desde el momento en que se idea la comisión de un delito hasta que se consuma. El *iter criminis* o camino del delito son las diferentes fases que atraviesa una persona desde que en su mente se produce la idea de cometer un delito hasta que efectivamente lo lleva a cabo. Lo importante de estas fases es diferenciar cuál de ellas es relevante para el Derecho Penal. Diferenciamos por tanto dos fases: fase interna y fase externa del camino del delito. La fase interna del delito es la que sucede en la mente del autor y no puede, en ningún caso, ser objeto del Derecho penal, porque es necesaria la exteriorización mediante acciones u omisiones de ese hecho delictivo. Y en cuanto a la fase externa es la materialización de la idea, y que ya si puede en esta fase intervenir el Derecho Penal.

morbosos y que conservaría toda su inteligencia y toda su voluntad durante la ejecución del plan, por la sencilla razón de que este plan no era un crimen". (Dostoievski, pp. 50)

Igualmente, despliega actos preparatorios en los que Raskolnikof se provee de los materiales necesarios para llevar a cabo su delito; en este caso, el hacha: *"Se arrojó sobre el hacha (pues era un hacha el brillante objeto), la sacó de debajo del banco, donde estaba entre dos leños, la colgó inmediatamente en el nudo corredizo, introdujo las manos en los bolsillos del gabán y salió de la garita. Nadie le había visto"* (Dostoievski, pp. 51). Y finalmente, dominado por la psicosis y la despersonalización, consuma el delito de homicidio en cabeza de la prestamista: *"No había que perder ni un segundo. Sacó el hacha de debajo del abrigo, la levantó con las dos manos y, sin violencia, con un movimiento casi maquinal, la dejó caer sobre la cabeza de la vieja"* (Dostoievski, pp. 54).

Por otra parte, el artículo escrito por Raskolnikof deja entrever su concepción acerca del hombre en general, influido por la figura de Napoleón, a quien admiraba profundamente; así, justifica que se cometa un crimen (su crimen) desde el derecho moral, de permitir a la conciencia del criminal franquear ciertos obstáculos en el caso de que así lo exija la realización de sus ideas, en beneficio de la humanidad:

"Mi opinión es que los hombres pueden dividirse, en general y de acuerdo con el orden de la misma naturaleza, en dos categorías: una inferior, la de los individuos ordinarios, es decir, el rebaño cuya única misión es reproducir seres semejantes a ellos, y otra superior, la de los verdaderos hombres, que se complacen en dejar oír en su medio "palabras nuevas. Naturalmente, las subdivisiones son infinitas, pero los rasgos característicos de las dos categorías son, a mi entender, bastante precisos. La primera categoría se compone de hombres conservadores, prudentes, que viven en la obediencia, porque esta obediencia los encanta. Y a mí me parece que están obligados a obedecer, pues éste es su papel en la vida y ellos no ven nada humillante en desempeñarlo. En la segunda categoría, todos faltan a las leyes, o, por lo menos, todos tienden a violarlas por todos sus medios" (Dostoievski, pp. 180).

De otro lado, esta obra proporciona indicios acerca de la sociedad rusa en el siglo XIX; una sociedad de control como la categoriza Foucault, en la cual los individuos son permanentemente vigilados y fiscalizados a través de fuerzas y poderes invisibles; control que ejerce el juez Porfirio Petrovitch quien presume la

culpabilidad de Rodión en el crimen de Alena Ivanovna y a su hermana Lisbeth, pero que inteligentemente lo atrae hacia él para que finalmente confiese:

“Supongamos que yo dejo a uno de esos señores en libertad. No lo mando detener, no lo molesto para nada. Él debe saber, o por lo menos suponer, que en todo momento, hora por hora, minuto por minuto, yo estoy al corriente de lo que hace, que conozco perfectamente su vida, que le vigilo día y noche. Le sigo por todas partes y sin descanso, y puede estar usted seguro de que, por poco que él se dé cuenta de ello, acabará por perder la cabeza. Y entonces él mismo vendrá a entregarse y, además, me proporcionará los medios de dar a mi sumario un carácter matemático” “...Él no huirá, no solamente porque no tiene adónde ir, sino porque me pertenece psicológicamente” (Dostoievski, pp. 234).

Esta sociedad de control, es consecuencia del ambiente político de la Rusia Imperial (1721-1917) donde la persecución y la represión era la constante en el país. En el reinado de Nicolás I se refrenó la sociedad rusa. Así, en 1826 se instauró una sección de policía secreta dentro de la Cancillería Imperial, que creó una red enorme de espías y de informadores. A través de ésta, el gobierno ejercía la censura encargándole el control de la educación, la prensa, la literatura, y todas las manifestaciones de la vida pública y llegando a intervenir hasta la correspondencia privada del desterrado poeta Aleksandr Pushkin.

La represión ordenada por el zar fue bastante severa y amplia, abarcando inclusive el colocar bajo vigilancia a ciertas personas; de modo que, dictaron sentencias de prisión con trabajos forzados a perpetuidad, sentencias de trabajos forzados (tales condenas impedían la reducción de pena y serían cumplidas en Siberia), condenas a exilio perpetuo en Siberia y condenas a destierro perpetuo en el extranjero. Todas estas sentencias implicaban la pérdida de los bienes de los condenados, y además prohibían que los encarcelados volvieran a la corte tras cumplir sus condenas. También se emitieron penas de muerte, todas por ahorcamiento y en ejecución pública.

Esta situación política se percibe en la obra a través de los operadores del sistema jurídico penal versados en mecanismos de presión psicológica para torturar y quebrar a un sospechoso de un crimen, incluso a aquellos libres de cualquier culpa pero que terminan convencidos de haber cometido alguna contravención.

Por otra parte, el razonamiento de Raskolnikof, es análoga a la idea posterior de Nietzsche y su *Übermensch* (Superhombre), capaz de generar su propio sistema de valores y de abandonar la servidumbre, el esclavismo y los valores que infunde la religión, principalmente la cristiana, cuyo actuar no se encuentra supeditado a la ética y la moral.

Sin embargo, al darse cuenta del fracaso de su empresa, continua sin comprender porque los crímenes en masa son justificados cuando se trata del bienestar general, pero su crimen que perseguía el mismo fin, no es visto de la misma forma: *“Me someto a la ética, pero no comprendo en modo alguno por qué es más glorioso bombardear una ciudad sitiada que asesinar a alguien a hachazos. El respeto a la ética es el primer signo de impotencia. Jamás he estado tan convencido de ello como ahora. No puedo comprender, y cada vez lo comprendo menos, cuál es mi crimen”* (Dostoievski, pp. 354).

El tipo de hombre superior que defiende el joven estudiante, es afín al Superhombre del filósofo alemán, ya que se reconoce a través de su conducta, al rechazar la guía gregaria, al crear sus propios valores, que le gusta el riesgo, contrario al igualitarismo y que ama la intensidad de la vida.

Este joven estudiante de derecho está obsesionado por demostrarse a sí mismo que pertenece a una clase de hombre superior, dueño absoluto de su conducta, por encima de su obligación moral. Raskolnikof elige como prueba definitiva de superioridad cometer el asesinato de una vieja usurera y su hermana. Pese al enfermizo y constante tormento por la acción desplegada, el remordimiento no fue suficiente para cambiar su visión napoleónica del hombre.

En lo que respecta al castigo o la pena asignada a Raskolnikof, esta es entendida más desde lo psicológico que lo material, ya que los remordimientos y angustias que lo aquejan son mayor condena que los trabajos forzosos en Siberia; es un castigo que tendrá que soportar a lo largo de su vida y del cual le será imposible de escapar.

Asimismo, los personajes que se presentan en la obra, son aquellos que se encuentran en cada sociedad pero de los que nadie quiere hablar, tales como prostitutas, alcohólicos, delincuentes, enfermos mentales, entre otros; descendiendo a los mundos, a la realidad de estos y el fondo de su alma. Estas historias exteriorizadas por el autor, permiten al lector, especialmente al jurídico, acercarse a esa realidad que la norma desconoce, abre su mente a otros contextos y ambientes, tal vez ajenos y omitidos por los actores de lo jurídico, al igual que lo cuestiona sobre el sistema axiológico de una sociedad, en una época y un caso particular.

Por tanto, descubre el funcionamiento de sistemas e instituciones de gobierno, el modo de operar el derecho y las falencias al interior del mismo.

De otro lado, el tema moral se halla muy marcado en el texto, tema que no es ajeno al derecho y con base en el cual el protagonista intenta convencerse a sí mismo que ha actuado de forma correcta, moral e inclusive altruista, y jurídicamente adecuada. Sin embargo, es constante el juzgamiento moral al que se somete a sí mismo en razón a su culpabilidad, la que termina por desmoronar su tesis del delito, justificada por el bien común.

Desde la teoría napoleónica de Raskolnikof, se entrevé la teoría utilitarista en cuanto a que su acción fue la mejor para maximizar la utilidad en términos de bienestar para la humanidad, es decir, Raskolnikof justifica su crimen al considerar que libra a la sociedad de una persona usurera, avara y despreciable. Por ende, se podría resumir su actuar de la misma forma como se resume el utilitarismo: el máximo bienestar para el máximo número. Allí, el protagonista reduce su valoración moral de su acto a simple matemática.

Esta obra, como las demás seleccionadas, aporta elementos valiosos para el entendimiento y estudio de lo jurídico e inclusive otras áreas del conocimiento como la psicología, la sociología, entre otras; debido a la desnudez, sinceridad y tinte de realidad con la que se revela la naturaleza humana y los dilemas morales que el hombre enfrenta.

Dostoievski muestra al lector con acertado detalle, las emociones, sentimientos, reacciones y pensamientos de sus personajes, por lo que genera la sensación al lector de ser partícipe de las dramáticas y dolorosas situaciones que se relatan al interior del texto. Ahí, en esa sensibilidad y realismo de la obra, tanto en lo jurídico como en lo psicológico, radica entre otras, la importancia de los grandes textos literarios para el estudio del derecho.

4.2. El Proceso de Franz Kafka

*“Ante la ley hay un guardián”/
“Alguien tenía que haber calumniado a Josef K,
pues fue detenido una mañana sin haber hecho nada malo”.*

Impartir justicia sin distinción de raza, credo, partido político y con sujeción a la ley, es un principio de derecho que se predica en todos los sistemas políticos del mundo, pero que infortunadamente no se practica con la rigidez y romanticismo propio de la acepción, y cuyo fracaso se refleja en no pocas oportunidades en la literatura universal.

Valores como la justicia, la libertad y la igualdad son seriamente cuestionadas en esta obra del autor checo, lo que conduce a una seria reflexión en torno a la validez de los postulados que rigen a los mismos. La seguridad jurídica, la confianza en las leyes y en las instituciones del Estado se ha desdibujado como consecuencia de un sistema legal que trabaja a favor de los intereses del Estado y del poder político, pero no a favor de los ciudadanos a quienes se vulneran los derechos de forma abierta y casi descarada.

Este texto literario que pertenece a un mundo estético, fantástico y mágico, capta de forma acertada la realidad de una época y de una sociedad, descubriendo sus fallas, los intereses políticos, la desidia en el bienestar social y el ejercicio del control absoluto sobre una nación.

Pese a la evolución y el desarrollo de las sociedades, es frecuente descubrir la vulneración de las libertades del ciudadano, mismas que la literatura retrata, como el texto literario “*El Proceso*” en el que Josef K, es arrestado y privado de la libertad sin conocer la razón o causa de la misma; situación que refleja la realidad de Europa a inicios del siglo XX, cuyas guerras causadas por los gobiernos de turno, restringieron la libertad de poblaciones enteras por encontrarse en desacuerdo con un régimen político o por sospechas, por demás infundadas. En este sentido, Josef K, manifiesta claramente este escenario:

“...no hay ninguna duda de que detrás de las manifestaciones de este tribunal, en mi caso, pues, detrás de la detención y del interrogatorio de hoy, se encuentra una gran organización. Una organización que, no sólo da empleo a vigilantes corruptos, a necios supervisores y a jueces de instrucción, quienes, en el mejor de los casos, sólo muestran una modesta capacidad, sino a una judicatura de rango supremo con su numeroso séquito de ordenanzas, escribientes, gendarmes y otros ayudantes, sí, es posible que incluso emplee a verdugos, no tengo miedo de pronunciar la palabra. Y, ¿cuál es el sentido de esta organización, señores? Se dedica a detener a personas inocentes y a incoar procedimientos absurdos sin alcanzar en la mayoría de los casos, como el mío, ten resultado. ¿Cómo se puede evitar, dado lo absurdo de todo el procedimiento, la corrupción general del cuerpo de funcionarios? Es imposible, ni siquiera el juez del más elevado escalafón lo podría evitar con su propia persona” (Kafka, pp. 35).

El acceso a la administración de justicia (o a la ley en este caso particular) es un derecho de todos los individuos al interior de los estados, o al menos de este modo se encuentra consagrado en las normas.

No obstante, la realidad literaria de la obra en mención y la realidad material, revelan lo contrario, las dificultades y obstáculos que encuentran los ciudadanos para encontrar solución a los asuntos jurídicos que los embarga. Además de la irregularidad y hermetismo de los procedimientos jurídicos cuando estos deben ser abiertamente conocidos y resistir la vigilancia y control en aras de la correcta impartición de justicia:

“La estructura jerárquica de la organización judicial era infinita y ni siquiera era abarcable para el especialista. El procedimiento en los distintos juzgados era, por regla general, también secreto para los funcionarios inferiores, por consiguiente, jamás podrían seguir los asuntos que trataban en las fases subsiguientes; las causas judiciales entraban en su ámbito de competencias sin que supieran de dónde venían y luego seguían su camino sin que supieran adónde iban. Así pues, estos funcionarios no podían sacar ninguna enseñanza del estudio de las distintas fases procesales, de las decisiones y fundamentos de las mismas” (Kafka, pp. 71).

La obra *“El Proceso”* es también un relato detallado del funcionamiento del sistema judicial, un reproche y una crítica expresa a la corrupción al interior de la misma. Kafka lleva al lector a los escenarios jurídicos en los cuales opera la corrupción, las dadas, las influencias, pero no el derecho. Enseña cómo estas influencias son los hilos invisibles que mueven el sistema jurídico de conformidad con intereses ocultos y opuestos a valores como la justicia, la igualdad, la seguridad jurídica, la legalidad, entre otros. *“Si los jueces se dejaban influir tan fácilmente por sus relaciones personales, como el abogado había manifestado, entonces las relaciones del pintor con los vanidosos jueces eran muy importantes y de ninguna manera se podían menospreciar. En ese caso el pintor se adaptaba perfectamente al círculo de ayudantes que K paulatinamente iba reuniendo a su alrededor”* (Kafka, pp. 87).

Y es en el personaje del pintor Titorelli que se descubre como la corrupción y las influencias desconocen el sistema jurídico establecido:

“He olvidado preguntarle al principio qué tipo de absolución prefiere. Hay tres posibilidades, la absolución real, la absolución aparente y la prórroga indefinida. La absolución real es, naturalmente, la mejor, pero no tengo ninguna influencia para lograr esa solución. Aquí decide, con toda probabilidad, la inocencia del acusado. Como usted es inocente, podría confiar en alcanzarla, pero entonces no necesitaría ni mi ayuda ni la de cualquier otro”. Y más adelante reconoce: “Aquí está hablando de

dos cosas distintas, de lo que la ley establece y de lo que yo he experimentado personalmente; no debe confundir ambas cosas. En la ley, aunque yo no lo he leído, se establece por una parte que el inocente tiene que ser absuelto, pero por otra parte no se establece que los jueces puedan ser influidos. No obstante, yo he experimentado lo contrario. No he sabido de ninguna absolución real, pero he conocido muchas influencias” (Kafka, pp. 88).

Lo increíble del caso, es que el autor no revela cual es el delito del que se le acusa a Josef K, el que él mismo desconoce y aun así se declara inocente. Por tanto, se presenta la inobservancia absoluta al principio penal: “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”⁴⁷, debido a que se desconoce si la ley contempla como delito la conducta (desconocida) ejecutada por Josef K, y que tipo de sanción o pena se imputa por la misma.

Entonces, *El Proceso* es una tragedia política que anticipa la imagen visionaria del terror totalitario experimentado en Europa durante el ascenso del nazismo. La imaginación literaria de Kafka, las dimensiones de su coraje cívico al afrontar la literatura como forma de conocimiento, desde una actitud de compromiso hacia la crisis histórica que le tocó vivir en sus primeras manifestaciones, y que amenazaba con su desintegración psíquica, era como un reloj que se adelanta⁴⁸.

Igualmente, el texto es reflejo de su percepción como abogado de lo que eran las leyes, las cuales resultan ser desconocidas y en el mejor de los casos abstractas, lejanas e intocables para el hombre:

“—¿Puedo mirar los libros? —preguntó K, no por mera curiosidad, sino sólo para aprovechar su estancia allí. —No —dijo la mujer, y cerró la puerta—. No está permitido. Los libros pertenecen al juez instructor. —¡Ah, ya! —dijo K, y asintió—, los libros son códigos y es propio de este tipo de justicia que uno sea condenado no sólo inocente, sino también ignorante” (Kafka, pp. 37).

La anterior idea, se encuentra plasmada en uno de sus cuentos “*Sobre la Cuestión de las Leyes*” manifestando que las leyes constituyen un secreto de un pequeño grupo aristocrático que gobierna, y que mortifica al verse regido por leyes desconocidas.

⁴⁷ Locución latina que se traduce como “*Ningún delito, ninguna pena sin ley previa*”, utilizada en Derecho penal para expresar el principio de que, para que una conducta sea calificada como delito, debe estar establecida como tal y con anterioridad a la realización de esa conducta.

⁴⁸ PÉREZ MÁRQUEZ Raquel. “*El Proceso*” de Kafka desde la retórica. *Revistas científicas - UCM-Universidad Complutense de Madrid. Foro Interno*. 2007. Pág. 104.

Del mismo modo, la conversación entre Josef K y el capellán del Tribunal alrededor de la interpretación de la historia del campesino ante la ley, se convierte en una disertación profunda en lo atinente al acceso a la justicia, y como frente a un caso concreto se presentan diversas alternativas de interpretación alrededor del mismo, donde los puntos de vista o las posibilidades manifiestas pueden ser válidas unas y otras; sin embargo, es claro que el sacerdote defiende la aplicación de la ley y la interpretación de esta de forma literal: *“—No tienes el suficiente respeto a la letra escrita y cambias la historia — dijo el sacerdote—. La historia contiene dos explicaciones importantes del vigilante respecto a la entrada a la Ley, una al principio y otra al final. Una dice: «que no podía permitirle la entrada», y la otra: «esta entrada estaba reservada sólo para ti»”* (Kafka, pp. 123). .

Entonces, el elemento gramatical o elemento literal permite, en este caso, establecer el o los sentidos y alcances de la ley haciendo uso del tenor de las propias palabras de la ley. Este método interpretativo parte del supuesto que la voluntad e intención del legislador está impregnada en la ley; y como la ley está escriturada, entonces la mejor manera de descifrar la verdadera intención legislativa es a través de las palabras de que hace éste. En otras palabras, la aplicación literal de la ley, implica la vulneración del derecho al campesino de acudir a la justicia, a favor de la ley que es inaccesible al juicio humano.

Está clara concepción de la ley, es lo que en la práctica (y en la realidad) se conoce como iuspositivismo, que considera el conjunto de normas válidas evitando cualquier tipo de interpretación moral o de valores y que le es indiferente lo justo o injusto de la aplicación de una norma ya que el jurista simplemente se limita a acatar lo dictado por ella misma, lo cual avala un derecho injusto:

“Sea cual sea la impresión que nos dé, es un servidor de la Ley, esto es, pertenece a la Ley, por lo que es inaccesible al juicio humano. Tampoco se puede creer que el centinela esté subordinado al hombre. Estar sujeto, por su servicio, a la entrada de la Ley es incomparablemente más importante que vivir libre en el mundo. El hombre viene a la Ley, el centinela ya está allí. La Ley ha sido la que le ha puesto a su servicio. Dudar de su dignidad significa dudar de la Ley” (Kafka, pp. 126).

Este relato al interior de la obra, famosamente conocido como *“Ante la Ley”*, es la clara muestra de la orfandad, desamparo y vulneración ante la que están expuestos los seres humanos al buscar justicia y el derecho en las instituciones del estado, cuyas garantías de vivir dignamente son solo discurso político y doctrina idealista, ya que la realidad literaria y material enseñan lo contrario. El camino hacia las puertas de la justicia y el acceso al derecho, se encuentra

plagado de obstáculos, intereses ocultos y particulares, que impiden alcanzar y obtener lo prometido por la ley. El proceso plantea una situación jurídica tan absurda pero a la vez tan real que es fácil perder la credibilidad y la esperanza ante un sistema jurídico desprovisto de todas las garantías posibles.

El relato en cuestión, es un claro ejemplo de cómo desde la literatura se rescatan valiosos elementos para ser analizados por los juristas, que conducen a la reflexión profunda acerca de estos fenómenos que se presentan no solo desde antaño sino en la actualidad.

De otro lado, la privación de las libertades y derechos de los individuos son retratados por la literatura en forma de arte y estética, que, pese a su rasgo imaginario, las historias al interior de las obras se construyen con base en eventos y circunstancias reales. En el caso de Josef K, podría pensarse que este fue víctima de un ejercicio arbitrario de poder, fue víctima de lo que en Francia se conocía como la *lettre de cachet*, una orden gubernamental de encarcelamiento sin juicio previo.

Foucault hace un análisis de este mecanismo y advierte que el individuo que era objeto de la *lettre de cachet* no moría en la horca, ni era marcado y tampoco tenía que pagar una multa, se lo colocaba en prisión y debía permanecer en ella por un tiempo que no se fijaba previamente. La idea de una penalidad que intenta corregir metiendo en prisión a la gente es una idea policial, nacida paralelamente a la justicia, fuera de ella, en una práctica de los controles sociales o en un sistema de intercambio entre la demanda del grupo y el ejercicio del poder⁴⁹.

La privación de la libertad de Josef K, obedece a la práctica de un control social y el ejercicio de un poder al margen de la ley, pero amparado falsamente en esta. Por tanto, el derecho es un dispositivo de dominación y poder⁵⁰, que se encuentra al servicio del *status quo* y las instituciones.

⁴⁹ FOUCAULT Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa Editorial. Barcelona, España. 1995. Pág. 102,103.

⁵⁰ Para Foucault el derecho está transido por la historia y por los diagramas de poder históricamente constituido que se establecen en la cultura que opera como un dispositivo ordenador que está articulado con una red de saberes que tienen en su centro al hombre y a la sociedad. El derecho está instituido en un entramado de prácticas que intervienen y direccionan el devenir de los seres humanos desde sus espacios hasta su conducta, tanto en los ámbitos de lo público como en los detalles más íntimos de su privacidad. El derecho es un conector del poder con el sujeto que busca la instalación de este en los ámbitos de los deseos del poder. En síntesis, constituye una forma de articulación entre prácticas jurídicas y los dispositivos que permite ese efecto de cierre de lo jurídico, al mismo tiempo que lo mantiene relacionado con el complejo diagrama histórico social del poder.

La prisión en Kafka, es aquella que describe Foucault: *“La prisión es la imagen de la sociedad, su imagen invertida, una imagen transformada en amenaza. La prisión emite dos discursos: «He aquí lo que la sociedad es; vosotros no podéis criticarme puesto que yo hago únicamente aquello que os hacen diariamente en la fábrica, en la escuela, etc. Yo soy pues, inocente, soy apenas una expresión de un consenso social»⁵¹.”*

Francois Ost, afirma que la obra de Kafka, especialmente *El Proceso*, se traduce en el colapso de esta constitución simbólica de la sociedad y, especialmente, en la imposibilidad de que un tercero (el Derecho, el juez) pueda intervenir como mediador, al triangular las otras dos partes e inscribir su relación inter-individual en una universalidad mucho más amplia⁵².

Por su parte, Derrida advierte que: *“el texto se guarda como la ley. Habla solamente de sí mismo, es decir, de su no identidad en sí. No llega no permite que alguien llegue a el mismo. Es la ley, hace la ley y deja al lector ante la ley”⁵³.*

En las obras de Kafka se evidencia el control y vigilancia que las instituciones y los sistemas de poder ejercen sobre los individuos huérfanos de protección y a la merced de un régimen que impone sus propias leyes. Son individuos que habitan en una especie de panóptico en el que son observados constantemente y emerge un sentimiento de omnisciencia invisible:

“Somos empleados subalternos, apenas comprendemos algo sobre papeles de identidad, no tenemos nada que ver con su asunto, excepto nuestra tarea de vigilarle diez horas todos los días, y por eso nos pagan. Eso es todo lo que somos. No obstante, somos capaces de comprender que las instancias superiores, a cuyo servicio estamos, antes de disponer una detención como ésta se han informado a fondo sobre los motivos de la detención y sobre la persona del detenido. No hay ningún error” (Kafka, pp. 10).

Es decir, existen redes invisibles que controlan y vigilan la sociedad y la someten a leyes positivas que desconocen los principios y valores jurídicos. Lo anterior, obedece a lo que Michel Foucault denominaba el Panóptico⁵⁴, el cual funciona

⁵¹ FOUCAULT Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa Editorial. Barcelona, España. 1995. Pág. 128.

⁵² OST Francois. *El reflejo del derecho en la literatura*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 ISSN: 0214-8676 pp. 333-348. Universidad San Luis Bruselas. (2006).

⁵³ DERRIDA Jacques. *Ante la Ley*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/210928440/21704279-Derrida-Jacques-Ante-La-Ley-pdf>.

⁵⁴ Para Foucault el Panóptico es polivalente en sus aplicaciones; sirve para enmendar a los presos, pero también para curar a los enfermos, para instruir a los escolares, guardar a los locos, vigilar a los obreros, hacer trabajar a los mendigos y a los ociosos. El esquema panóptico es un intensificador para cualquier aparato de poder: garantiza su economía (en material, en tiempo); garantiza su eficacia por su carácter

como una especie de laboratorio de poder. Gracias a sus mecanismos de observación, gana en eficacia y en capacidad de penetración en el comportamiento de los hombres; un aumento de saber viene a establecerse sobre todas las avanzadas del poder, y descubre objetos que conocer sobre todas las superficies en las que éste viene a ejercerse⁵⁵.

El poder retratado en la obra, es un poder que reprime, castiga y que es productor de la verdad y recreador de lo real. El sistema jurídico planteado, valida las instituciones de poder que sin razón privan de la libertad a su protagonista, que lo vigila y controla constantemente, hay mecanismos de poder encubiertos para ocultar los procedimientos que garantizan el ejercicio de los derechos de las personas. Es por situaciones como esta, que la vida de Josef K termina, sin saber por qué fue juzgado, que delito cometió, quien lo juzgaba y por qué lo condenaron a muerte: *“¿Dónde estaba el juez al que nunca había visto? ¿Dónde estaba el tribunal supremo ante el que nunca había comparecido?”* (Kafka, pp. 131).

La deshumanización y el pesimismo en las obras de Kafka, denotan la influencia del ambiente político, social y cultural en Europa a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, en el que el otro es un ente desprovisto de sentimientos y humanidad, que se califica como útil o no dependiendo de la necesidad política del momento.

Un operador jurídico que se acerque a esta y otras obras literarias más, tendrá la posibilidad de reflexionar acerca de la realidad planteada en el texto, y si es lo suficientemente comprometido con su profesión, sabrá que son sistemas que, pese a que en la actualidad se reproducen, este no podrá ser cómplice de los mismos, y que deberá fungir como un actor crítico y de cambio.

4.3. El Mercader de Venecia de William Shakespeare

“Aguardo aquí la ejecución de la ley”.

Esta obra es una de las más estudiadas frente a la relación del derecho y literatura, puesto que, con gran juicio, Shakespeare plantea un dilema bastante interesante frente al cumplimiento de la ley pese a que la consecuencia de la aplicación de la misma devenga en una clara injusticia y en un reproche moral.

preventivo, su funcionamiento continuo y sus mecanismos automáticos. Es una manera de obtener poder "en una cantidad hasta entonces sin ejemplo", "un grande y nuevo instrumento de gobierno; su excelencia consiste en la gran fuerza que es capaz de imprimir a toda institución a que se lo aplica.

⁵⁵ FOUCAULT Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. Siglo Veintiuno Editores Argentina. buenos Aires, Argentina. 1976. Pág. 189

La génesis de este debate jurídico se presenta cuando Shylock un prestamista judío, accede a entregarle a Bassanio la suma de 3.000 ducados a título de mutuo por tres meses, cuyo codeudor sería su amigo Antonio, quien pese a no contar con dinero accede a comprometer su integridad física (una libra de su carne) si su amigo no cumple con lo pactado en un pagare suscrito ante Notario:

“SHYLOCK: Venid conmigo a casa de un notario, me firmaréis allí simplemente vuestro pagaré, y a manera de broma será estipulado que, si no pagáis tal día, en tal lugar, la suma o las sumas convenidas, la penalidad consistirá en una libra exacta de vuestra hermosa carne, que podrá ser escogida y cortada de no importa qué parte de vuestro cuerpo que me plazca” (Shakespeare, Escena III. Acto I).

A partir de este momento, nace el contrato entre Shylock, Bassanio y Antonio, de la misma forma que en la realidad jurídica nace aquel. El debate central de esta obra, radica en la concepción de la justicia, se cuestiona como calificar o distinguir lo que es justo de lo que no, ¿y si el hecho que exista una norma que regule una conducta (como el contrato de mutuo y la cláusula penal) se califica como justa? ¿Está legitimando el derecho en esta obra, una grave injusticia al pretender el judío una libra de carne de Antonio, en calidad de codeudor de Bassanio?

Esta última cuestión se desprende de la fórmula de Gustav Radbruch, utilizada en la práctica por parte de los tribunales alemanes para hacer posible el juzgamiento de jueces y funcionarios que, en cumplimiento de mandatos de leyes vigentes del régimen nacionalsocialista, condenaron a pena de muerte por razones irrisorias y cometieron crímenes atroces, respectivamente.

En este sentido, Rudolf Stammler se cuestiona lo siguiente: ¿Qué se quiere decir cuando se afirma que es fundamentalmente injusta una determinada situación a que conduciría el cumplimiento de un contrato? ¿Es fundamentalmente legítimo por parte de la legislación el dejar que prevalezca como coactivo entre las partes ese resultado injusto porque en interés de la generalidad se deba sacrificar un caso concreto? A lo anterior, Stammler responde que lo que interesa hacer ver el método fijo mediante el cual se puede juzgar fundadamente cuándo es justo que se alteren o se extingan los deberes de un contrato pendiente. Dicho método se plantea sobre todo con referencia a expresiones como la de *“fundamento importante”* y otras análogas.

Por “fundamento importante” se entiende una circunstancia dada, en la cual no se puede continuar la cooperación concreta de que se trata sin detrimento abusivo de una de las partes. Se hace imposible, en esa situación, alcanzar el fin perseguido por el contrato sin quebrantar los principios del Derecho justo⁵⁶.

La materialización de lo planteado por el jurista, es el juicio de Shylock, ya que, pese a la validez legal del contrato pactado, el cumplimiento del mismo atenta contra un derecho justo. Se puede inferir entonces, que el resultado del juicio en la obra de Shakespeare se apoya en el reconocimiento del derecho natural, abogando por un derecho supra legal como lo denomina Radbruch, y por los principios que gobiernan el mismo; que se debate entre los argumentos iusnaturalistas y iuspositivistas; en resumen, es una solución no positivista.

A la par, es interesante analizar la disyuntiva planteada en la obra, mediante la aplicación de la tridimensionalidad del derecho, en el que se valida como el hecho, la norma y el valor, no pueden ser aislados unos de otros, y que por el contrario examinados en conjunto posibilitan al jurista resolver un caso particular. Por tanto, el hecho jurídico sería: “*pacta sunt servanda*”⁵⁷ como principio básico del derecho civil; la norma es aquella que se refiere en este caso al contrato de mutuo; y el valor jurídico se resume en el ideal de justicia; en esta posición, el derecho es el medio para la realización de valores como la justicia. En la obra, el Dux de Venecia, de conformidad con lo argumentado por Porcia como abogada de Antonio, interpreta la norma más allá de lo literal, y acude a los principios y valores superiores que esconde la ciencia jurídica.

Entonces, este dilema que plantea la obra de Shakespeare, va más allá de lo literario y se sumerge no solo en un fenómeno jurídico sino también humano, ya que la norma positiva como fruto de la soberanía del estado que emana de la voluntad general, riñe con lo ético y lo moral, y se convierte en una arbitrariedad legal como lo calificaría Radbruch, reafirmando que existen principios de derecho más fuertes que cualquier proposición jurídica, de modo que cuando una ley los contradice pierde su validez jurídica.

No obstante, esta afirmación es contraria a la posición de John Rawls quien sostiene que la injusticia de una ley no es, por lo general, razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación es razón suficiente para seguir con ella. Cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, se ha de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre y cuando no excedan ciertos límites de injusticia. Cabe preguntarse entonces: ¿Cuáles son

⁵⁶ STAMMLER Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Recuperado de: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/tratado/presentacion.html. Pág. 406

⁵⁷ Locución latina que significa “El contrato es ley para las partes” o “Lo pactado obliga”.

los límites de la injusticia? ¿Quién define o determina dicho límites? ¿Cuánta injusticia es permitida? Las respuestas a estas cuestiones se derivan de la posición contractualista del filósofo, en la que propone que la forma más razonable de organizar una sociedad sea aquella en que estuvieran de acuerdo por unanimidad sus propios integrantes. Visión utópica y con poco asiento en la realidad.

Esta obra de Shakespeare, ratifica el pensamiento de Dworkin, ya que para el jurista es posible que una sociedad justa produzca leyes injustas, lo cual justificaría una desobediencia civil⁵⁸. En el juicio del judío, la ley ampara y protege su derecho derivado de un contrato legalmente celebrado; sin embargo, las consecuencias por el incumplimiento del mismo son desproporcionadas e injustas para su destinatario.

Ante este tipo de situaciones es posible convalidar la teoría de este autor para quien los complejos problemas morales se encuentran vinculados a la validez de una ley. En el juicio, se devela la relación que existe entre el derecho, la moral y la política, ya que el juez se encuentra en un dilema al momento de emitir su sentencia: si opta por lo moralmente correcto, desconoce la ley y su soberanía, asunto que políticamente es perjudicial al enviar un mensaje de desobediencia a la misma; y si aplica de forma tajante la ley, incurre en una conducta social y moralmente reprochable.

Este texto literario, pone de presente como la estabilidad de un sistema político y jurídico dependen de la aplicación inequívoca e inexorable de la ley:

“SHYLOCK: He informado a vuestra gracia de mis intenciones, y he jurado por nuestro Sábado Santo obtener la ejecución de la cláusula penal de mi contrato; si me la negáis, que el daño que resulte de ello recaiga sobre la constitución y las libertades de vuestra ciudad” (Shakespeare, Escena I. Acto IV).

La obra, especialmente el juicio es un retrato vigente de los dilemas que tienen que enfrentar los operadores jurídicos ante situaciones concretas y complejas, que, aun estando reguladas por el derecho, implican el desconocimiento de valores y principios superiores que han sido trascendentes en la construcción de los sistemas jurídicos del mundo. De este modo, el *Mercader de Venecia* es un material literario valioso para el derecho, en la medida que genera profundas reflexiones y serios análisis en cuanto al “ser” y “deber ser” del derecho.

⁵⁸ Para Ronald Dworkin, el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas jurídicas, y deja sin explicar correctamente otros componentes del Derecho de gran importancia, como los principios. Dworkin rechaza asimismo la tesis de la separación entre Moral y Derecho; por ello, considera permitida la desobediencia civil cuando la promulgación de una ley afecta los derechos que efectivamente se tienen.

Este libro enseña que, por encima de la ley escrita y los pactos legalmente celebrados, se mueven e interfieren principios que el Estado no puede desconocer, ya que, al hacerlo, el derecho no sería el estandarte de la justicia sino un objeto que valida actos atroces contra la humanidad, como lo ocurrido en Alemania en vigencia de la Segunda Guerra Mundial.

Por último, es importante resaltar otros aspectos jurídicos y axiológicos al interior del texto poco analizados en esta obra, tales como la institución del matrimonio que en términos reales se trata de un contrato, tal y como en antaño y en la actualidad se concibe, más allá del amor o los sentimientos que llevan a dos personas a una unión, se trata de una alianza cuyas características superan lo sentimental y se asientan en lo jurídico.

Así, en el personaje de Porcia al inicio de la obra, se revela que su padre por disposición testamentaria, dispone la unión entre su hija y aquel pretendiente que encuentre su retrato en uno de los tres cofres. Los matrimonios arreglados fueron una práctica muy frecuente hasta la llegada del siglo XVIII, ya fuese por razones políticas, religiosas, económicas (cuestiones de riqueza y herencia), entre otras. En el caso presente, la libertad de elección de Porcia es un derecho al cual no tiene acceso debido a las costumbres sociales, políticas y económicas de la época:

“PORCIA: En punto a elección de esposo no puedo dejarme conducir solamente por la agradable dirección de los ojos de una joven. Además, la lotería de mi destino me prohíbe el derecho de una elección voluntaria; pero si mi padre no hubiese limitado mi libertad y obligado con su prudencia ingeniosa a darme por mujer al que me conquiste según los medios que os he dicho, vos, príncipe renombrado, tendríais tantos derechos a mi afecto como ninguno de los pretendientes que hasta ahora he visto” (Shakespeare, Escena I. Acto II).

Esta situación concreta que revela la obra, permite reflexionar acerca de las costumbres y normas que gobiernan el siglo XVI, ya que en ella se retrata como los valores y derechos como la libertad y la justicia específicamente, son puestos a prueba en el escenario jurídico, político e inclusive religioso, ya que no es fortuito el conflicto intrínseco entre cristianos y judíos al interior de la obra, factor que tiñe e influye de cierto modo en el devenir de la obra. El siguiente pasaje resume la contienda religiosa entre judíos y cristianos:

“SHYLOCK: Soy un judío. ¿Es que un judío no tiene ojos? ¿Es que un judío no tiene manos, órganos, proporciones, sentidos, afectos, pasiones? ¿Es que no está nutrido de los mismos alimentos, herido por las mismas armas, sujeto a las mismas enfermedades, curado por los mismos medios, calentado y enfriado por el mismo verano y por el mismo invierno que un cristiano? Si nos pincháis, ¿no sangramos? Si nos cosquilleáis, ¿no nos reímos? Si nos envenenáis, ¿no nos morimos? Y si nos ultrajáis, ¿no nos vengaremos? Si nos parecemos en todo lo demás, nos pareceremos también en eso. Si un judío insulta a un cristiano, ¿cuál será la humildad de este? La venganza. Si un cristiano ultraja a un judío, ¿qué nombre deberá llevar la paciencia del judío, si quiere seguir el ejemplo del cristiano? Pues venganza. La villanía que me enseñáis la pondré en práctica, y malo será que yo no sobrepase la instrucción que me habéis dado”. (Shakespeare, Escena I. Acto III).

Es de recordar, que en el siglo XIV se agravaron las contiendas religiosas en Europa, en las que los cristianos se alzaron contra los judíos a quienes convirtieron en chivos expiatorios acusándolos de causar los males que estaban padeciendo en ese momento. Por ello, las Cortes aprobaron leyes represivas como la prohibición a los judíos de recaudar impuestos y vivir entre cristianos; situaciones que generaron una persecución contra los judíos los cuales, muchos de ellos, se convirtieron al cristianismo para salvar su vida, tal y como en el texto literario ocurrió con el judío Shylock, a quien constantemente se reprocha por el cobro de altos intereses (usura), su avaricia, odio y sentimientos de venganza agravados por su condición religiosa.

En escenarios como los esbozados anteriormente, Shakespeare desde lo literario y desde su época, ya se planteaba situaciones y dilemas que en la actualidad se cuestionan los sistemas jurídicos del mundo, ratificando la necesidad de acoger lo literario en el fenómeno jurídico.

4.4. Divorcio en Buda de Sandor Marai

“El pasado experimentado como historicidad propia, es todo menos lo que se fue. Más bien, es algo a lo que puedo volver una y otra vez”. Martin Heidegger

En esta novela, el juez Kristóf Kömives, un respetable miembro de la alta burguesía húngara, quien vive en Buda, lleva una vida apacible, dictada por una moral rígida de su época, la cual no cuestiona, que siente respeto y temor ante la

ley, renunciando a sus instintos y sentimientos, en aras de conservar su imagen al interior del status quo. Pero la lectura del expediente de divorcio del médico Imre Greiner y Anna Fazekas lo conducen a un viaje al interior de su vida y la confrontación de sus sentimientos.

La obra refleja la cultura, la política y la sociedad del siglo XX, siendo Kristóf una representación de los ideales de la misma, la antítesis del hombre que concibe Nietzsche⁵⁹ y que encaja perfectamente en un individuo europeo que ha cedido su libertad a una sociedad que pregona una moral y unos valores amoldados a su “noble” visión de mundo, que lo ciega, lo desnaturaliza, lo deshumaniza: *“Él conocía y apreciaba a los miembros de su clase social, de esa burguesía modesta pero elegante a la que veía como una gran familia; intuía en sus costumbres los grandes mitos de la familia, sus gustos eran los suyos propios, y él se sentía responsable del bienestar y la seguridad de la comunidad, tanto en el trabajo como en la vida privada”*. (Marai, 2004, pp. 38).

El autor presenta a un juez de convicciones morales férreas, incapaz de dar paso y de entender acerca de las pasiones, sentimientos e inclinaciones del hombre, que lo hacen más propenso a ser aconductado por la ley; su visión maniqueísta de la vida, y su extrema intransigencia en lo legal, terminaron por convertirlo en un ser programado y autómatas despojados de su esencia. Incapaz de aceptar y asumir los inevitables cambios que la modernidad estaba gestando: *“Kristóf Kömives no tenía mucho aprecio por esa civilización efervescente que lo rodeaba con sus anuncios luminosos y su ruido de motores”* (Marai, 2004, pp. 52). E igualmente convencido de tener una misión superior, casi divina, de refrenar desde su posición de juez, las pasiones e inclinaciones del hombre que lo hacían inmoral y proclive al desconocimiento del derecho:

“Era su trabajo y su misión de juez sofocar los instintos que se rebelan contra la disciplina de la sociedad. Nunca había sido tan necesaria su profesión para proteger la sociedad y educar a sus miembros como en aquella época agitada, y Kristóf Kömives asumía completamente esa vocación como suya y trataba de ponerse a su servicio con toda su voluntad y toda su fe. Ya no se trataba simplemente de administrar el castigo a los culpables y

⁵⁹ En su obra *La genealogía de la moral*, Nietzsche advierte que el hombre es esclavo de entes superiores que han creado los valores de conformidad con sus intereses, haciendo ver lo bueno como malo, y lo malvado como bueno; se trastocan los conceptos axiológicos para dominar a los individuos más débiles, como consecuencia de la renuncia a sus instintos, a su libertad y a su ser. De allí, la imagen de *Übermensch* (Superhombre) de su obra *“Así hablo Zaratustra”*, que es una persona capaz de generar su propio sistema de valores identificando como bueno todo lo que procede de su genuina voluntad de poder, y no del exterior.

proteger a las víctimas inocentes. Había muchas más cosas en juego: estaba en juego todo, la civilización entera, la paz, toda la paz de la sociedad humana, las formas, la fuerza de las formas que mantienen y rigen la vida, las formas que unas manos sospechosas y sucias intentaban hacer añicos". (Marai, 2004, pp. 53-54).

Dentro del rigor jurídico y positivista del juez Kömives, este reconoce muy en silencio el sesgo de su doctrina, en la medida que sabe que en la aplicación de la ley pura y simple no se encuentra la respuesta ni la justicia a un caso en particular:

"Debía juzgar con severidad y según la legislación vigente, respetando el espíritu de las leyes. Sin embargo, al contemplar la vorágine de la época, a veces tenía la sensación, o al menos le parecía tenerla, de que la ley se había quedado atrás, de que no había podido prever el proceso de descomposición que lo barría todo y que hacía temblar los cimientos de las cosas. La ley, en sus crueles intransigencias, resultaba demasiado débil e ineficaz comparada con la tiranía de los tiempos. En su condición de juez, se veía obligado a rellenar la letra de las leyes con un contenido acorde con la época". (Marai, 2004, pp. 58).

"¿En qué se resume la verdad en la práctica, ante el juez? De un lado está el mundo, con sus juicios, sus asesinos, sus acusados dispuestos a jurarlo todo, sus odios y sus miserias; de otro lado se encuentra la ley, con su maquinaria, sus rituales preestablecidos, sus normas, su orden y sus maneras —el tono que emplean los agraviados y el que usan los agresores—; y por último está el juez, que de toda esa materia muerta, viva y cruda debe destilar algo, algo que según la fórmula química de las leyes corresponda a la verdad... Pero la verdad, más allá de la ley, siempre contiene elementos personales". (Marai, 2004, pp. 152).

El anterior pasaje, demuestra la complejidad del ejercicio jurídico, en el que frecuentemente se debe responder a dilemas y paradigmas legales; de ahí el valor del estudio literario para comprenderlos de mejor manera más allá de lo jurídico y más cercano lo humano, derribando las barreras del monoconocimiento.

Igualmente, Kömives razona sobre el ocaso de la tradición social, política y jurídica que se encuentran ad portas de desaparecer; es consciente que la decencia, la modestia, el freno de la ambición, la humildad, la responsabilidad, el respeto por su nombre, por su rango, por su profesión son insumos que llevan la fortaleza a su alma de caballero; sabe que hay una nueva sociedad, una sociedad

moderna que ignora, censura, critica y pasa por encima de muchas de las reglas morales y sociales, comprende que él deberá mostrarse y mostrar a su grupo su capacidad para sobreponerse y resistir a la tentación que significa ese otro mundo que como una incitación le provoca, acecha y llama⁶⁰. El juez representa no solo el anquilosamiento de las normas de la época, que ya no son aptas ni actuales para juzgar la sociedad que se está gestando y a la cual se resiste, sino también el crepúsculo de una burguesía cuyas costumbres y visión de mundo habían caducado.

No solo la férrea creencia en la ley y su objetividad eran objeto de defensa por parte del juez Kömives, también lo era la defensa por la moral y la ley divina como sinónimo de perfección y sabiduría, cuyos mandatos deben ser tan respetados como la ley temporal, e incluso aún más, puesto que esta visión casi Agustiniana implica que es la voluntad de Dios que ordena guardar el orden natural y prohíbe perturbarlo: *“La ley divina es perfecta, y el hombre que no puede tolerarla es imperfecto y débil; por lo menos él lo creía así, y esa creencia surgía de las profundidades de su alma, se originaba en unas fuentes más misteriosas que cualquier razonamiento de la mente”* (Marai, 2004, pp. 163).

A la par, la figura de Gábor Kömives padre del protagonista, demuestra la imposibilidad y la frustración del ser humano, de librarse de sus pasiones, sentimientos e inclinaciones, que esconde como en este caso, en la respetable e intocable toga que crea la ilusión de ser la representación del derecho y la justicia en la tierra:

“Pocos sabían que aquel hombre, que estaba por encima de todas las pasiones humanas, parco en palabras, inabordable y cerrado, era en su fuero íntimo una ruina viva, más miserable y desafortunado que un paralítico, lleno de dudas y heridas, desesperado aunque lo disimulara con una fuerza sobrehumana. Incluso Kristóf tardó años en descubrirlo. La razón de ese estado de desmoronamiento interior era muy sencilla: su padre había amado a aquella mujer, a su segunda esposa” (Marai, 2004, pp. 85).

De otro lado, la ley moral que plantea Kant, la cual es imperativa y categórica, que no obedece a los deseos e intereses del hombre en sí mismo considerado, se encuentra reflejada en la obra de Marai en la figura de Kristóf, cuya moral estricta dirige su vida, la única vida que conoce, observando con melancolía como declina

⁶⁰ PALENSIA SILVA Mario. *Visiones de Mundo e ideas de Justicia en Divorcio en Buda, de Sandor Marai*. Revista UIS Humanidades. Vol. 41, No. 1. Enero - Junio de 2013, pp. 37-45

el imperio Austro-Húngaro, y con él, decae el orden social y sistema axiológico de la época.

En la figura del juez, se manifiesta la ley moral de Kant, en la que la moral es la ley objetiva de la razón, en la que el sujeto somete su voluntad subjetiva a las leyes racionales objetivas; Kristóf dejó de lado sus deseos y su amor por Anna, para cumplir con las expectativas de una burguesía decadente y un sistema jurídico obsoleto.

Es el retrato de la transición de un modelo social, político y cultural rancio, a una sociedad que avanza y se enfrenta a nuevos retos sociales impuestos por el inicio de la segunda guerra mundial, y donde se instauran concepciones diferentes frente a lo que es moralmente correcto o incorrecto, en la que la libertad, igualdad y justicia adquieren un tinte no solo personal o social, sino también político, que hacen parte central de un discurso oficial, que transforma para siempre el mundo entero.

Se revela, como a pesar de una personalidad y una vida inflexible regida por las leyes divinas y humanas, el pasado, los sentimientos y los momentos que marcan la vida de un hombre, lo perseguirán como un fantasma durante toda su existencia, una sombra que habita en lo profundo del alma que no es posible ignorar como tampoco erradicar, porque aniquilarla sería matar parte de la esencia misma de lo que es el individuo. A lo largo del texto, se descubre la sensibilidad, los tormentos y el “nerviosismo” del juez, que no es más que su sombra recordándole su condición humana, recordándole que no es un ser inmune a las emociones, sino un ser mortal que no siempre se puede esconder en su toga ni en su posición de juez.

Es implícita la lucha de Kömives por sostener la certeza de sus convicciones para no sucumbir ante lo subjetivo de su ser, no se atreve a reconocer sus contradicciones y sus batallas internas debido a la fragilidad de ese mundo “perfecto” ideado por él. Pese a que en la obra no reconoce explícitamente su amor por Anna, se presentan indicios que conducen a deducir que la amaba tanto como su esposo Imre, que la recordaba constantemente como ella a él, que la soñaba y la amaba en silencio, pero su cobardía y su vida consagrada al deber, no le permitían aceptar el gran vacío de su alma y su vida. Por ello, Imre infiere la mentira en la que el juez ha construido su vida: *“No puedes... Te entiendo, debe de ser difícil... Porque entonces todo lo que has construido a tu alrededor, todo lo que reposa tranquilo aquí sólo es un malentendido, una especie de equivocación...”* (Marai, 2004, pp. 546).

Y advierte sabiamente el tormento oculto de los sentimientos no solo de Anna sino también de Kristof: *“El modo en que los secretos arden en el alma debe de ser algo similar al incendio de una mina, que se va quemando con ese humo lento”* (Marai, 2004, pp. 543).

Finalmente, la obra, más allá de discurrir entre el significado de la justicia y en los elementos jurídicos obvios que se presentan al interior de la misma, muestra como detrás de la rigidez y objetivismo (en el caso particular el derecho) de una realidad independiente de la mente del ser humano, habita la presencia humana del ser a la que igualmente se debe escuchar, atender y entender, de lo contrario, estaría condenado como el juez Kömives a vivir su vida como una hermosa fachada pero vacía por dentro: *“Esta mujer y estos dos niños no pueden ser un malentendido. Y sonríe con tristeza y cansancio”* (Marai, 2004, pp. 564). El rendirle culto al objetivismo, a una vida racional y productiva con orgullo de los valores morales y materiales que se obtengan, se sacrifica la vida misma.

5. FILOSOFÍA DEL DERECHO

“La filosofía: para vivir

El derecho: para convivir

La filosofía del derecho: “para desenvolver el concepto del Derecho y ver cómo aparece en la vida humana”. R. Stammler

La filosofía jurídica es una rama de la filosofía general, que encara las cuestiones más profundas y generales del derecho, ubicando su estudio en una sistematización general de los conocimientos humanos, lo que permite comprender no sólo el sentido, o si se quiere, la significación de lo jurídico en una concepción total del mundo y de la vida, sino también el carácter y fundamentación de las disciplinas que lo toman por objeto.

El estudio del derecho al interior de la filosofía jurídica, supera los límites de los meros conceptos jurídicos y busca la esencia del mismo; así, logra un conocimiento plenario del derecho, con la colaboración de las diversas disciplinas que a él se refieren, es decir, el conocimiento de sus peculiares enfoques, métodos adecuados, y demás.

Es así como, no es practicable una concepción pura del derecho, objetiva y meramente científica, ya que, como se ha sostenido previamente, el derecho es un fenómeno multidimensional que se alimenta y necesita de otros conocimientos más allá de los meramente jurídicos. Lo anterior, lo ratifican diversos filósofos que han analizado el fenómeno jurídico y lo han estudiado sobrepasando las fronteras del iusnaturalismo y el positivismo, construyendo teorías que enriquecen el conocimiento y el ejercicio del mismo.

La filosofía del derecho se cuestiona aquello que la ciencia jurídica en su formalidad no lo hace, ahonda en lo complejo y trascendente del fenómeno jurídico en aras de encontrar respuesta que superen el ámbito material del mismo. Así, la filosofía del derecho y la literatura son saberes valiosos para el entendimiento del derecho, ya que ambas desde la reflexión posibilitan el estudio crítico y el conocimiento real de lo jurídico; en este sentido, ambas reivindican la función crítica y analítica propia de la ciencia jurídica. Así, una de las tareas principales de la Filosofía Jurídica, es descubrir lo común, lo constante y lo universal que aparece en las manifestaciones jurídicas de los pueblos y en la idea de “lo justo” que ellos poseían, que se remonta hasta los orígenes del Derecho, para encontrar una noción y una definición aceptable de lo que es el Derecho, que sea comprensible para todos en cualquier tiempo y lugar; tomando en cuenta que también está en juego, la filosofía de la vida personal y social en permanente interacción y evolución.

La insuficiencia de la ciencia jurídica para dar una explicación del concepto, funciones y fines del derecho, y para comprender la variedad de problemas de los cuales la experiencia jurídica es testigo, justifica la existencia de esa reflexión filosófica sobre el derecho, que no es otra cosa que la misma filosofía aplicada al derecho. Por consiguiente, la filosofía del derecho tratará de estudiar el derecho en su realidad, lo que se llama el ser del derecho⁶¹.

La filosofía del derecho al meditar en torno a la conducta humana, se encuentran entrelazados actos voluntarios y libres vinculados a su vez con nociones y principios filosóficos tales como: voluntad, libertad, deber, norma, rectitud, valor, bien, justicia, etc., de cuya definición y comprensión depende el tener un conocimiento completo o incompleto de las acciones humanas, dígame, del obrar humano. Razón por la cual, pretender reducir la conducta del hombre a sus manifestaciones exteriores, que caen bajo el dominio del conocimiento sensible, es desnaturalizar esa conducta, mutilar y deformar tal objeto de conocimiento⁶². De allí, deviene la importancia de la filosofía del derecho.

Por ejemplo, el filósofo francés Michel Foucault indicaba que el derecho es una regulación altamente sofisticada y especializada de la vida social conforme a ciertos principios de justicia, a la vez, un control social de toda sociedad organizada y políticamente desarrollada. En este sentido, el derecho se encuentra en constante transformación debido a la complejidad y diferenciación social. Las instituciones y regímenes jurídicos según Foucault, son sistemas de control y vigilancia validados desde el positivismo, que justifican el poder y control absoluto que estas ejercen sobre los individuos.

Esta concepción de lo jurídico, que aún se encuentra presente en los sistemas jurídicos actuales, debe ser analizado y controvertido desde otras áreas del conocimiento, que posibilitan asumir una posición crítica frente a sistemas absolutistas disfrazadas de democracia, y es allí donde lo literario juega un rol trascendente en esta tarea, puesto que, como afirma Foucault, el derecho tiene que ponerse siempre en cuestión, en mejora, bajo crítica y reflexión, no darlo por sentado como una ley natural, cuando incluso las leyes físicas se debaten, discuten y contradicen⁶³.

⁶¹ RUIZ RODRIGUEZ Virgilio. *Filosofía del Derecho*. Instituto Electoral del Estado de México. México 2009. Pág. 73.

⁶² RUIZ RODRIGUEZ Virgilio. *op. cit.*, p. 230.

⁶³ AGUILERA PORTALES Rafael Enrique y GONZALEZ CRUZ Joaquín. *Derecho, Verdad y Poder en la teoría político-jurídica de Michel Foucault*. Revista de Filosofía. A Parte Rei 74. Marzo 2011. Recuperado de: <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei/portales74.pdf>

Desde el estudio filosófico del poder, Foucault advierte que los derechos humanos nacen de la necesidad y como mecanismo de oposición al monopolio del poder, lo que da a entender que no son la reivindicación de unos principios y valores universales propios de la raza humana, sino que son la herramienta para doblegar el poder de las instituciones. Pese a que la filosofía de Foucault es acertada y clara frente a la forma en la que operan los sistemas de poder, no se puede reducir la concepción y naturaleza del derecho como un “brazo” más de ese poder invisible, vigilante y controlador del Estado. El derecho es de naturaleza más compleja y humana que meramente política y utilitaria al servicio de un sistema político.

El derecho tiene un contenido material e inmaterial, tal y como lo argumenta el jurista español Luis Recaséns Sichés, quien sostiene que Derecho Positivo y Derecho Natural, no implican dos órdenes jurídicos separados, porque la historia misma del Derecho positivo muestra el progresivo desarrollo en la adopción de ideales iusnaturalistas. Por tanto, argumenta que la filosofía del derecho se encamina a esclarecer la esencia de lo jurídico; esta esencia se la encuentra en la vida o existencia, verdad primaria de certidumbre radical, que sirve de fundamento a todas las demás.

En consecuencia, todo hacer humano es por un motivo vital, y siempre tiene una finalidad, que constituye el propio sentido de la vida; sentido que el hombre encuentra, cuando en su existencia valora, busca, prefiere y elige. Por lo tanto, la estructura de la vida es siempre estimativa y la Filosofía del Derecho es en gran parte eso: Estimativa jurídica; Axiología Jurídica ó Deontología Jurídica, como otros la llamaron⁶⁴.

Por su parte, el jurista italiano Giorgio del Vecchio, sostiene que para analizar el derecho se debe recurrir a la naturaleza humana, buscar en la conciencia del ser humano el fundamento último del derecho. El profesor del Vecchio afirma que la Filosofía Jurídica es una disciplina que define al Derecho en su universalidad lógica, investiga los orígenes y los caracteres generales de su desarrollo histórico y lo valora según el ideal de la justicia trazado por la pura razón. Para Del Vecchio, el Derecho Natural y el Derecho Positivo no son contradictorios, sino que ambos se integran para promover el progreso jurídico y para colmar las lagunas del Derecho Positivo. Es así, como argumenta que la filosofía del derecho debe utilizar tanto el método deductivo como el inductivo, para indagar los orígenes y los caracteres generales del desenvolvimiento histórico del derecho.

⁶⁴ VALDIVIA LIMPIAS María Cristina. *Filosofía del Derecho*. Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra UPSA. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. (2012) pág. 416

Con el método deductivo el jurista establecerá el concepto del derecho y precisará el ideal de justicia; en cuanto al método inductivo, redujo su empleo a las investigaciones históricas sobre el derecho, a fin de descubrir las causas y las leyes que gobiernan las transformaciones jurídicas.

De modo que, encontró en la naturaleza humana el material inagotable del contenido de las reglas jurídicas, ya que es la fuente universal del derecho. Así su concepción formal de este no está desprovista de cualquier juicio de valor, de cualquier ideología, como el formalismo kelseniano, pero es una teoría formal e ideológica. La materia del derecho se compone de una parte permanente, inmutable, y de una parte variable, histórica, que corresponde a la realidad social.

Esta postura del jurista escapa al reduccionismo del positivismo, teniendo en cuenta las teorías que intentan explicar el fenómeno jurídico por separado, aportan en su conjunto una visión más completa y cercana del derecho; supo reconocer la importancia de los postulados del derecho natural y el derecho positivo, de lo material e inmaterial de este, para llevarlos a un punto de encuentro en común.

Por otra parte, Rudolf Stammler fundador de la Filosofía del Derecho neokantiana en Alemania, llamó la atención sobre la urgencia de fabricar una teoría del conocimiento jurídico. Fortaleció la separación entre las ciencias de la naturaleza y las de los fines, a lo que contribuyó la independencia metódica de la jurídica, y superó el positivismo al dotar a la ciencia de la pauta del derecho recto. Entre los puntos más representativos de su doctrina, sobresalen la mentalidad inspirada en creencias dogmáticas racionalistas, el deseo de hallar la pureza del método y el otorgarle una importancia máxima, reduciéndose la idea de la rectitud y sus diversas aplicaciones (moralidad y justicia) a un método formal.

Parte de que el derecho es una forma de ordenar la convivencia, comprendiendo que es un proceso formal armonizador de los fines individuales y sociales, ajustados los primeros a los objetivos comunitarios de un ideal social de justicia cristalizado en una "comunidad de hombres de voluntad libre". Igualmente, introdujo un movimiento filosófico que se apartaba del positivismo tratando de sintetizar y aunar dos grandes corrientes: el "Derecho natural" y el "Historicismo".

Para Stammler, la misión de la Filosofía del Derecho consiste en enseñar en qué consiste la justicia, delimitar y separar las normas jurídicas de otras manifestaciones cercanas: hechos naturales, moral, usos sociales, poder político, en resumen, ¿Qué es lo que fundamentalmente constituye la idea de Derecho? ¿Cómo puede la idea del Derecho triunfar en la práctica y cuál es su significado para la historia de la humanidad?.

En definitiva, "El esclarecimiento de estos conceptos fundamentales de un modo seguro y completo" es, por tanto, una "tarea decisiva para todo aquel que se preocupe por el Derecho y por la Ciencia del Derecho".

Contraria a la posición del profesor Del Vecchio, propone aplicar estrictamente el método formalista, que prescinde de los contenidos, necesariamente limitativos y no universales de los ordenamientos jurídicos particulares. Desde esta perspectiva la vida social aparece como la "acción conjunta reglada de los hombres", y el orden jurídico como "un medio para el logro de fines". El concepto de derecho para él, supone un orden jurídico entendido como un medio para el logro de fines, por lo cual la noción del derecho puede ser comprendida y concebida sólo mediante una referencia a los fines humanos y a sus medios adecuados. El criterio para distinguir el derecho justo del que no lo es se encuentra para Stammler en la idea de derecho, definida como "la noción de la armonía incondicionada de todo contenido jurídico". La idea de derecho justo se relaciona con el concepto de idea social, y no entendido como una utopía o una situación jurídica que debe lograrse. Aquí el ideal social no es un fin sino la armonía absoluta de todos los posibles querer jurídicos.

La visión opuesta al "Derecho Justo" de Stammler, se encuentra el Relativismo jurídico de Gustav Radbruch, quien declara que, ante el problema de la validez del Derecho justo, natural, cabe conceder validez a todas sus soluciones, pero sólo para un estado social concreto, para un determinado pueblo y para una época determinada. Lo anterior, es el deseo del jurista alemán de liberar a la filosofía del Derecho de su carácter formal y lo impulsa a su Relativismo, en el que Ninguna ideología es demostrable ni refutable, y todas merecen similar respeto⁶⁵.

⁶⁵ Sin embargo, después de 1945 Radbruch experimenta una evolución en sus posiciones teóricas, como consecuencia de la caída del régimen nazi, el desvelamiento de sus crímenes, y la necesidad de juzgar a los responsables de estos. Admite entonces la posibilidad de un "Derecho supralegal" o "naturaleza de las cosas" que se impone sobre las leyes abiertamente injustas y arbitrarias. Antes de la segunda guerra mundial, Radbruch argumentaba que *"El ejercer o aplicar directamente la justicia sólo es profesión del jurista en tanto en cuanto el Derecho positivo se lo encarga expresa o tácitamente. Puede servir directamente a la justicia sólo porque el Derecho le autoriza para ello; y, viceversa, está obligado a rendir obediencia al Derecho, aun en los casos en que éste se halle en contradicción con la justicia. La justicia es ciertamente el fin del Derecho; pero este fin muere en el momento en que ha dado vida al Derecho, y el Derecho sigue viviendo, por mucho que deje de parecerse a su procreador"*. A partir de 1945 Radbruch habla con insistencia de un «Derecho supralegal», que no sólo es válido antes de su promulgación positiva, sino que también puede impedir que ciertas leyes lleguen a alcanzar el rango de Derecho. Para Radbruch la expresión *"una orden es una orden"*, debe carecer de obligatoriedad para un soldado si lo que ordena es un crimen o un delito. Esa forma de entender la justicia causó profunda repercusión en juicios posteriores, sobre todo en los que tuvieron que ver con los soldados que vigilaban el muro de Berlín, quienes tenían órdenes de disparar contra cualquiera que intentara huir y atravesarlo. Este principio del derecho de Radbruch fue acogido por el Tribunal Constitucional de la Alemania Federal en varias sentencias.

La teoría de Radbruch postula que, cuando la ley escrita sea incompatible con los principios de justicia sustancial, a un nivel intolerable, o cuando la ley estatutaria se encuentre explícitamente en abierta contradicción con el principio de igualdad que constituye el fundamento de toda justicia, el juez debe abstenerse de aplicar esa ley, por razones de justicia sustancial. De lo anterior, se desprende la fórmula de Radbruch la cual se compone de dos posturas: en la primera parte se dice que las leyes positivas pierden su validez jurídica cuando se alcanza una contradicción con la justicia en una medida insoportable, a esta primera postura se le denomina "*Formula de la intolerancia*". Y una segunda postura en la que se niega la naturaleza jurídica de las leyes aplicables o positivas si en su construcción se busca negar la igualdad que según su autor representa el núcleo de la justicia, la cual denomina "*la fórmula de la negación*".

En este sentido, Radbruch comparte los postulados de la teoría de Dworkin en cuanto a la abstención de aplicar una ley injusta y dar prioridad a los principios y valores superiores. Es así, como la tarea de la filosofía del Derecho relativista consiste, no en aceptar un solo sistema, sino en desarrollar un sistema de los sistemas, sin propia decisión entre ellos, ya que como advierte el jurista: "*Los fines y valores supremos del Derecho no sólo varían con arreglo a los estados sociales de los distintos tiempos y los distintos pueblos, sino que son enjuiciados, además, subjetivamente, de diferente modo según las personas, con arreglo a su sentimiento del Derecho, a su manera de concebir el Estado, a su posición de partido, a su credo religioso o a su concepción del mundo. La decisión tiene que tomarla el individuo, descendiendo hasta la entraña de su propia personalidad, como un asunto privativo de su conciencia*"⁶⁶.

En conclusión, la filosofía del derecho trae consigo un catálogo de cuestiones y problemas acerca del derecho y que ha pretendido dar respuesta a lo largo de los siglos a través de los diferentes filósofos y juristas que con gran lucidez han disertado diferentes temas que ocupan las esferas de lo individual y social, tales como la condición humana, la democracia, el estado, la justicia, el derecho social, derecho natural y positivo, entre otros más. Es en este variado abanico en el que se encuentra la riqueza de la filosofía del derecho que, en su noble intento de entender y analizar el derecho, han encontrado sus propias limitaciones, reconociendo la complejidad y riqueza, no solo del derecho, sino de su protagonista: el hombre.

⁶⁶ RODRIGUEZ GOMEZ Edgardo. *La idea de Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, N° 6, julio 2007, pp. 29-56.

5.1. Contenidos de la filosofía del derecho

El ámbito de estudio de la filosofía del derecho se circunscribe generalmente a tres sectores que se corresponden con las tres cuestiones esenciales de: qué es el derecho (ontología o teoría del derecho); cómo se puede conocer (teoría de la ciencia jurídica) y cómo debería ser (teoría de la justicia).

1. **Teoría del derecho u ontología jurídica**, se ocupa de describir lo que es el derecho en la vida social humana en estrecha relación con otros fenómenos que se dan en la misma —fuerza y poder, y los límites de este último—, con la política, con la ética, con la validez y vigencia del derecho y con el Estado de derecho. Desde la ontología jurídica, habrá que estudiar el ser del derecho, tener una comprensión totalizadora del sentido del derecho en el mundo, en la realidad humana y social. La ontología jurídica trata de dar un concepto del derecho que trascienda la inmediatez de los ordenamientos vigentes, esto es, pretende comprender la especificidad de lo jurídico.
2. **Teoría de la ciencia jurídica o lógica jurídica**⁶⁷, desdoblada en tres puntos:
 - a. **Teoría de la ciencia jurídica**, es decir, una epistemología de lo jurídico, la reflexión crítica sobre la ciencia del derecho y sobre la actividad científica propia del jurista; así como la metodología y los procedimientos lógicos utilizados en la argumentación jurídica y en el trabajo de aplicación y realización del derecho. Entonces, la teoría de la ciencia jurídica tendrá como objeto de estudio: el problema de la científicidad del derecho, la situación del derecho en el panorama general de los conocimientos científicos actuales y los problemas lógicos y metodológicos que plantea la actividad científica y práctica del jurista, teniendo en cuenta siempre que el objeto de reflexión y análisis de la teoría de la ciencia jurídica es el mismo desarrollo de la ciencia jurídica
 - b. **Ciencia jurídica**, verdadera ciencia cuyo objeto de estudio es el derecho, vista como el arte de lo equitativo y de lo bueno, la ciencia jurídica, hoy día, se construye sobre la consideración estricta del derecho como norma: el contenido directo de la ciencia del derecho son las normas jurídicas positivas, material con el cual trabaja siempre y en todo momento el jurista.

⁶⁷ Ver: RUIZ RODRIGUEZ Virgilio. *Filosofía del Derecho*. Instituto Electoral del Estado de México. México 2009.

El científico del derecho sabe que es preciso diferenciar entre validez, eficacia y legitimidad de las normas; conoce las implicaciones entre estos tres niveles, pero centra su trabajo en la investigación, análisis, construcción y realización del derecho positivo, es decir, de las normas válidas, vigentes en cuanto promulgadas y no expresamente derogadas.

- c. **Lógica jurídica**, vista como el arte de pensar y argumentar que debe ser ejercitado por el jurista o profesional del derecho. A lo que se llama propiamente lógica jurídica es la teoría del razonamiento y de la argumentación jurídica y la puesta en marcha de este razonamiento conforme a sus principios lógicos propios. Porque es la lógica del jurista la que debe usar éste para cumplir su misión. En cambio, la que le es dada al jurista y presupuesta por él, se le debe llamar lógica del derecho, porque en ella se patentiza la estructura lógica del derecho como un ente susceptible de un conocimiento jurídico.

3. **Teoría de la justicia o axiología jurídica**, trata de los valores generados y fundadores del derecho, entre ellos, y primordialmente, la justicia. Este tema es fundamental y central en la filosofía del derecho, debido a que el hombre entre otras muchas expectativas, siempre busca vivir en justicia, y quiere que haya justicia en la vida social y en todo lo que se relaciona con ella, a la que él no puede renunciar. Para lograr esto, es indispensable el derecho; es el instrumento y el medio adecuado para lograr ese fin anhelado por todos.

Por lo tanto, la teoría de la justicia o axiología jurídica tendrá como objeto de estudio los valores que fundamentan o generan el derecho y los fines que éste pretende y desea alcanzar, así como el análisis crítico-valorativo del derecho positivo vigente y la discusión racional sobre los valores éticos que se desea ver reflejados en el derecho para que éste pueda ser considerado como justo⁶⁸.

En esta teoría de la justicia, se encuentran grandes filósofos y juristas que buscan responder ¿Qué es la justicia? Cuestión que, desde los griegos como Anaximandro, Platón y Aristóteles, hasta Santa Tomas de Aquino, Hans Kelsen, Paul Ricoeur y otros, han intentado dar respuesta a un concepto que es tan variable como el tiempo en que se aplique. Y en ese trasegar de su estudio, entre sus elementos y características se ha relacionado con la equidad, con la moral y como una virtud y cualidad propia de un sistema legal.

⁶⁸ RUIZ RODRIGUEZ Virgilio. *Filosofía del Derecho*. Instituto Electoral del Estado de México. México 2009. Pág. 137

5.2. Trialismo

La Teoría Tridimensional del Derecho, es el punto donde desembocan la investigación jurídica y filosófica actual; porque estaba ya dada, la consideración del Derecho como un hecho social, por parte de las corrientes sociológicas. También se exaltó el Derecho como una norma, por parte del Positivismo y el Neopositivismo jurídico; como también, se puso en relieve al Derecho como valor, por aquellos partidarios de las escuelas neo-kantianas.

Esta tridimensionalidad considerada como un todo integrado y complejo, fue la elaboración y exposición doctrinaria del iusfilósofo Miguel Reale, quien sostiene que el filósofo del Derecho, el sociólogo y el jurista, no pueden dejar de estudiar el Derecho en la totalidad de sus elementos constitutivos, en la tridimensionalidad de su contextura, aunque pueden y deben ser distintos los respectivos prismas y modos de investigación⁶⁹.

El concepto tridimensional del Derecho, concibe al fenómeno jurídico desde una triple implicación y manifestación: como hecho social, como norma jurídica y como valor. Reale resume su doctrina en los términos siguientes: por el simple hecho de existir varias acepciones de la palabra Derecho, y haciendo un análisis de la profundidad de esos significados, a la estructura del Derecho como tal, corresponden tres aspectos básicos, discernibles en cualquier momento de la vida jurídica; ellos son: **1. Un aspecto fáctico**, referente al Derecho como un hecho (económico, geográfico, natural, social, técnico, etc.) que está siempre subyacente dondequiera que se dé un fenómeno jurídico dentro de la vida social. **2. Un aspecto axiológico**, que confiere una determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando las acciones del hombre, en sentido de alcanzar o preservar ciertas finalidades u objetivos; el principal de ellos: la Justicia; y **3. Una regla o norma**, perteneciente a un ordenamiento jurídico, que representa la relación o medida que integra uno de aquellos primeros elementos en el segundo; vale decir, integra el hecho con el valor. Por tanto, a la luz de la Teoría Tridimensional de Reale, se encuentran al fin, las soluciones adecuadas a las cuestiones jurídicas más candentes y controversiales de la Historia y de la Filosofía del Derecho, sobre todo en cuanto a su esencia⁷⁰.

⁶⁹ VALDIVIA LIMPIAS María Cristina. *Filosofía del Derecho*. Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra UPSA. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia. (2012) pág. 422.

⁷⁰ Para Reale Hecho, valor y norma deben, en suma, estar siempre presentes en cualquier indagación sobre el Derecho, respectivamente como momentos de otros dos factores. De este modo, la Sociología jurídica que cuida de las condiciones empíricas de la eficacia del Derecho, no puede dejar de apreciar una actualización normativa de los valores en el medio social. Se podría decir que el sociólogo del Derecho, recibiendo los valores y las normas como experiencia social concreta, tiene como meta de su indagación en hecho de la efectividad de los valores consagrados en normas positivas, al paso que el jurista, en cuanto tal, considera al valor y el hecho en razón de la normatividad, la cual es su objetivo específico. El filósofo del

De otro lado, Werner Goldschmidt fue un jurista alemán radicado en Argentina, que consideró el fenómeno jurídico como una totalidad compleja que denominó "*Mundo Jurídico*". Se propuso el estudio del Mundo Jurídico mediante el análisis de los tres grandes elementos que lo integran (conductas, normas y valores). La teoría tridimensional del mundo jurídico sostiene que ese mundo resulta identificable, en definitiva, por las posibilidades de realizar la justicia en la realidad social y en las normas.

Las conductas son comportamientos humanos, las normas son descripciones y captaciones lógicas de las conductas, y el valor justicia se realiza en el mundo jurídico a través de los hombres que permite valorar las conductas y las normas. De modo que, los elementos que integran el mundo jurídico de Goldschmidt, se divide en tres dimensiones: **dimensión sociológica** que analiza los efectos de las agrupaciones sociales sobre el derecho, se centra en lo que favorece o perjudica al ser y en particular a la vida, proveniente de la conducta de los seres humanos; la **dimensión Normológica** capta el contenido de la voluntad de los autores de las normas; y la **dimensión Dikelógica**, que concibe el Derecho como un valor y como portador y garantizador de otros valores superiores. En conclusión, la Teoría Tridimensional presupone básicamente cuatro condiciones:

- El Derecho es parte de un proceso que siempre debe de estar abierto a nuevos hechos y nuevas valoraciones.
- La norma por sí sola no tiene significación, el significado lo adquiere en función de los momentos que condicionan su eficacia.
- La norma jurídica no puede ser aplicada ni interpretada como una simple proposición lógica, la estructura lógico formal de la norma jurídica es el soporte de significaciones estimativas, y una norma presupone la existencia de constantes referencias al plano fáctico.
- La norma jurídica tiene condiciones de elasticidad, es capaz de tomar en consideración, en mayor o menor grado, los cambios fácticos axiológicos; cuando dicha compatibilidad se vuelve incompatible con los cambios en el medio social, entonces debe imponer una revocación o derogación de la norma y la sustitución por otra más adecuada.

Esta forma tridimensional del derecho, permite sobrepasar los límites del positivismo y alcanzar el sentido amplio y complejo de dicha ciencia; así como descubrir su esencia y dinámica social.

Derecho, por otro lado, indaga sobre las condiciones trascendentales-axiológicas del proceso empírico de la vigencia y de la eficacia.

El trialismo nace como una necesidad de entender el fenómeno jurídico desde diferentes perspectivas y conocimientos dada la complejidad de los asuntos que regula y la presencia generalizada del mismo en todos los aspectos de la humanidad.

6. UNIDAD HERMENÉUTICA

“El hombre es el ser frente al que ningún ser puede mantener la neutralidad; ni el mismo Dios”. Jean Paul Sartre

Desde el punto de vista etimológico, el término hermenéutica deriva del verbo griego *hermeneuein* y está ligado a las funciones de Hermes, quien fuere el mensajero de los dioses, y por ende, a la experiencia de transmisión de mensajes. La hermenéutica cumple una función mediadora, ya sea del mensaje de los dioses o de otros mortales, en el caso de la hermenéutica filológica y jurídica. La hermenéutica nace ligada a la interpretación de los textos bíblicos, filológicos y jurídicos y fue entendida entonces como una preceptiva que velaba por una interpretación correcta de los textos puestos a su disposición. Hasta este punto se habla, no de la hermenéutica sino, de diversas hermenéuticas específicas, de disciplinas auxiliares encargadas de interpretar los textos religiosos, literarios y legales.

El filósofo alemán Hans-Georg Gadamer, en su obra *“Verdad y Método”*, describe el proceso que lleva a cabo cuando se interpreta, incluso desconociendo que dicho proceso de interpretación se está produciendo. En la introducción de su obra, manifiesta con gran acierto que, existen desde antiguo también una hermenéutica teológica y una hermenéutica jurídica, aunque su carácter concerniera menos a la teoría de la ciencia que al comportamiento práctico del juez o de los sacerdotes formados en una ciencia que se ponía a su servicio. De este modo ya desde su origen histórico el problema de la hermenéutica va más allá de las fronteras impuestas por el concepto de método de la ciencia moderna. Comprender e interpretar textos no es sólo una instancia científica, sino que pertenece con toda evidencia a la experiencia humana del mundo.

Gadamer, realiza un detallado recorrido histórico de la hermenéutica, manifestando que en sentido teleológico, la hermenéutica significó el arte de la correcta exposición de la Sagrada Escritura que aplicó una metodología desde muy antiguo; ya en la era patristica resumida en Orígenes y Agustín. En la edad media fue sistematizada por Casiano el paso a ser el medio del cuádruple sentido de la Biblia. La hermenéutica adquirió un nuevo impulso con la vuelta a la letra sagrada escritura preconizada por la Reforma, cuando sus partidarios polemizaron con la tradición de la doctrina eclesial y contra su tratamiento del texto con los métodos del sentido plural de la biblia. La hermenéutica pietista salió al paso influencia por la tradición retorica antigua y su teoría del papel de los afectos, especialmente para la predicación.

En el siglo XIX, se presenta en Alemania el Romanticismo cuyo mayor representante fue Schleiermacher, que veía en el positivismo pretensiones excesivas e incapaces de captar la complejidad de los fenómenos de las ciencias humanas. Peor aún, ante esa imposibilidad de la filosofía positivista de abarcar la esencia de las ciencias humanas se le condenaba a su mutismo. De allí que el Romanticismo luchase por traer a la luz un mundo que había sido oscurecido por el dominio del pensamiento escolástico. Para Schleiermacher, a través de la sistematización de la hermenéutica, era posible llegar a un conocimiento que comprendiese los fenómenos de las ciencias humanas. Inspirado en Schleiermacher, Guillermo Dilthey desarrolla una hermenéutica filosófica, que se propone aportar el fundamento gnoseológico a las ciencias del espíritu, en tanto que temática y metódicamente independientes de las ciencias de la naturaleza.

Posteriormente, Heidegger caracteriza y acentúa la comprensión, considerándola como el movimiento básico de la existencia, desemboca en el concepto de interpretación, que Nietzsche había desarrollado especialmente en su significado teórico. Este desarrollo descansa en la duda frente a los enunciados de la autoconciencia, que deben cuestionarse mejor que lo hiciera Descartes, como dice Nietzsche. El resultado de esta duda es un cambio del sentido de la verdad, de tal modo que el proceso de la interpretación se convierte en una forma de la voluntad de poder y adquiere así un significado ontológico.⁷¹

En este contexto se desarrolla también la filosofía fenomenológica, cuyo fundador, Edmund Husserl, se propone la misión de superar la crisis de la ciencia positivista que había dominado casi sin contrapeso la escena cultural europea durante gran parte de la segunda mitad del siglo XIX. El sentido de esta crisis consiste, para Husserl, en que la ciencia ha dejado de tener significado para el hombre, pues no le proporciona orientación sobre los problemas acuciantes del presente, ni criterios rigurosos para guiar su conducta. La fenomenología se presenta como una reflexión filosófica que quiere fundamentar firmemente la objetividad del saber mediante un método, cuya principal regla es dejar que “las cosas mismas” se hagan patentes en su contenido esencial, a través de una mirada intuitiva que haga presente las cosas tal como se dan inmediatamente para el que las vive y poniendo entre paréntesis el juicio sobre la validez de los presupuestos, opiniones o interpretaciones acerca de ellas.

En su origen el problema hermenéutico no es en modo alguno un problema metódico. No se interesa por un método de la comprensión que permita someter los textos, igual que cualquier otro objeto de la experiencia, al conocimiento científico. Ni siquiera se ocupa básicamente de constituir un conocimiento seguro

⁷¹ GADAMER Hans George. *Verdad y Método II*. Ediciones Sígueme – Salamanca 1998. Pág. 97

y acorde con el ideal metódico de la ciencia. Y sin embargo trata de ciencia, y trata también de verdad. Cuando se comprende la tradición no sólo se comprenden textos, sino que se adquieren perspectivas y se conocen verdades⁷².

Paul Ricoeur por su parte, recuerda que la interpretación es un proceso permanente y dinámico propio para ejercer el derecho, disciplina humana que se expresa por escrito. Para él, la comprensión encuentra su campo originario de aplicación en las ciencias humanas, en las que la ciencia tiene que ver con la experiencia de otros sujetos u otras mentes semejantes a las demás. La interpretación es un caso particular de comprensión. Es la comprensión aplicada a las expresiones escritas de la vida. La interpretación no se define por un tipo de objeto –signos ‘inscritos’ en el sentido más general del término– sino por un tipo de proceso: la dinámica de la lectura interpretativa.

Por otra parte, la dimensión interpretativa de la relación entre derecho y literatura también ocasiona la discusión acerca del papel que esta última puede desempeñar en el mundo de los abogados. En particular, existe una corriente académica que sostiene que la lectura de textos literarios puede ayudar a los abogados y a los jueces para desempeñar de mejor manera su trabajo, en razón de la naturaleza propiamente moral que debe derivarse de dichos textos⁷³.

Es así, como desde la hermenéutica jurídica se validan los aportes que, a esta área de estudio particular del derecho, efectúa la literatura desde su intertextualidad, simbolismos e historias, que permite ahondar en la esencia de las normas que lo componen con el fin de alcanzar las máximas trazadas por el derecho.

Para el filósofo Jacques Derrida⁷⁴, es deseable que las investigaciones de tipo deconstructivo desemboquen en una problemática del derecho, de la ley y de la justicia. Para el argelino, el derecho o la justicia como derecho, es deconstruible en la medida que está fundado y construido sobre capas textuales, interpretables y transformables. Así, la hipótesis hacia la que se dirige Derrida, es la de la justicia como posibilidad de deconstrucción, la estructura del derecho o de la ley, de la fundación, como posibilidad del ejercicio de la deconstrucción.

⁷² GADAMER Hans George. *Verdad y Método I*. Ediciones Sígueme – Salamanca 1993. Pág. 8

⁷³ PEREZ Carlos. *Derecho y Literatura*. ISONOMIA No. 24. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Abril 2006.

⁷⁴ DERRIDA Jacques. *Fuerza de la Ley: El “Fundamento Místico de la Autoridad”*. DOXA 11. Cuadernos de Filosofía del derecho. 1992. pp. 129-191

Por tanto, Derrida argumenta que, para ser justa, la decisión del juez, no debe solo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación restaurador como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara el mismo en cada caso.

Es pertinente anotar que la interpretación del derecho desde el deconstructivismo ha suscitado una serie de detractores y críticos a la misma; no obstante, cabe resaltar que Derrida hace un aporte interesante -quizá novedoso- a la hermenéutica jurídica, y es acertado al argumentar que la decisión de un juez debe comenzar en derecho o en principio con la iniciativa de entrar en conocimiento, leer, comprender e interpretar la regla, pero del mismo modo, debe acudir a lo indecible donde se reinventa la regla. Así, el filósofo presenta nuevas alternativas de abordar el derecho, asumiendo una postura menos rígida y calculada de la ley, pero al mismo tiempo más complejo y no abordable en todos los asuntos jurídicos, pero no por ello carece de gran validez.

Igualmente, la hermenéutica jurídica ha suscitado el interés de lingüistas como el caso de Ludwig Josef Johann Wittgenstein, quien, por obvias razones, destaca la importancia de lenguaje a la hora de interpretar el derecho, indicando que el derecho es un producto de lenguaje y por tanto se ve sometido a los mismos problemas del lenguaje. A este tenor, alega que las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje.

Por su parte, Foucault devela una realidad en cuanto a la interpretación que se debe hacer del derecho, en cuanto a la génesis del mismo a partir de una semiología jurídica que permite entender el derecho como una construcción simbólica por la que transita el poder; permite ver prácticas alternativas de derecho y costumbres judiciales silenciadas por regímenes de producción de verdad jurídica dominante en un momento histórico determinado. Una genealogía del derecho revelaría las tramas y cadenas simbólicas en que se halla atrapado este particular fenómeno de la cultura, donde se encuentran inscritos los sujetos productores, usuarios y destinatarios del derecho con su propia experiencia del orden jurídico.

En esta línea de análisis, Foucault interpreta el derecho moderno como un dispositivo disciplinario organizado como una forma específica de normalización vinculada a los dispositivos de seguridad propios de la biopolítica y gubernamentalidad modernas⁷⁵.

Por ello, para este filósofo no hay signo jurídico inocente y el derecho es una reinención constante y las prácticas judiciales son interpretación de interpretaciones, reexamen de producciones de sentido. No existe, la norma u el orden normativo en su realidad y objetividad y luego su interpretación. Las normas y el orden jurídico son ya siempre un cierto régimen de enlace histórico entre significantes-significados. Entonces, pretender la neutralidad y el objetivismo de la ciencia jurídica es una causa perdida, por cuanto esta se transforma constantemente y se alimenta de otros saberes que son pertinentes para su interpretación; en el caso particular, la literatura.

Contrario a lo anterior, Richard Stammler tiene una posición más formal pero no menos válida de lo que debe ser la hermenéutica jurídica, y para ello responde al preguntarse ¿qué pauta general se ofrece para la interpretación de las voluntades jurídicas manifestadas en las normas y en los negocios jurídicos? Se ha hablado del «fin» perseguido por la voluntad antigua. Hay que distinguir dos posibilidades. El fin de una voluntad jurídica se puede buscar dentro de sus normas circunscritas para poner en claro los requisitos concretos establecidos y sus efectos, en relación unos con otros; y cabe también tomar la voluntad de que se trata en conjunto a modo de medio para la consecución de un fin exterior a ella⁷⁶; lo que en otras palabras significa que la interpretación de la norma se da a través de un ejercicio intrínseco de la misma, y si en esta no se encuentra su sentido se procede a buscar el fin exterior que aquella persigue.

Finalmente, el jurista argentino Carlos Cossio, niega la tradicional identidad kelseniana entre derecho y norma y establece como axioma jurídico de la libertad que "Todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido". Sostiene en su Teoría Ecológica del Derecho, que el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva que considera todas las acciones humanas; por tanto, el derecho se interesa por el acto humano en su unidad y en el que la libertad es ineliminable contenido del derecho. Por tanto, no se interpreta la ley sino la conducta humana mediante la ley.

⁷⁵ MARQUEZ ESTRADA José. *Derecho, Poder y Verdad. Una mirada desde la obra de Michel Foucault*. Universidad de Cartagena.

⁷⁶ STAMMLER Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Recuperado de: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/tratado/presentacion.html. Pág. 328

De esto resulta que la teoría egológica pone las cosas aquí sobre una hermenéutica existencial: la ciencia jurídica es una ciencia interpretativa pero interpretativa de la conducta, que es plenaria vida humana. La Teoría Ecológica explora la dimensión axiológica de la conducta jurídica tomando el descubrimiento de la analítica existencial que presenta en el ser del hombre tres dimensiones existenciales: el mundo objetivo, la persona y la sociedad. De tal manera que los valores jurídicos se van a conformar en un plexo axiológico distribuyéndose en tres pares de valores, uno de autonomía y otro de heteronomía, con sus correspondientes disvalores y coincidiendo con aquellas tres dimensiones apuntadas. Dentro de la Teoría Ecológica la justicia carece de un contenido material específico, pero acompaña a cada uno de los otros valores como su sombra, de suerte que si por ejemplo las exigencias del valor "orden", de ineludible realización en la vida comunitaria, cercenara a solidaridad, parcializaría a la justicia⁷⁷.

De todo lo anterior, se colige que a pesar de las diferencias, a veces sustanciales, entre las teorías y argumentos de estos grandes juristas y filósofos, sus análisis han enriquecido la comprensión de los fenómenos jurídicos y sociales, descubriendo que es necesario abrir a otras ciencias y disciplinas la puerta de estudio del derecho, ya que como fenómeno social requiere de todos los partes posibles que ayuden a entender la complejidad de la condición humana, que es en ultimas, el objeto de regulación del derecho.

6.1. Ronal Dworkin

Es un filósofo del derecho que tiene como característica de su pensamiento la gran importancia que le da a los hechos constantes como fuente de conocimiento. Particularmente, se enfoca en la realidad que se vive en el campo de la jurisprudencia y en las decisiones de los jueces⁷⁸.

Su filosofía da prioridad al individuo frente a los objetivos sociales, es una filosofía humanista, equilibrada, que da valor a la persona humana como ser de materia y espíritu, como el ser que tiene una excelencia, una grandeza especial, que lo pone por encima de los demás seres: un ser de una especial dignidad⁷⁹.

⁷⁷ PISI DE CATALINI Marta. *La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale*. Biblioteca Digital Universidad Nacional de Cuyo. Argentina. pp. 49-89.

⁷⁸ CÁRDENAS SIERRA Carlos Alberto, GUARÍN RAMÍREZ Edgar Antonio. *Filosofía y Teoría del derecho. Tomas de Aquino en dialogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann*. Universidad Santo Tomas. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria. Bogotá, Colombia. 2010. Pag. 185

⁷⁹ En su obra "*Los Derechos en Serio*", Dworkin enfatizó en la importancia de los derechos individuales, como derechos que el Estado no puede limitar apelando a objetivos o metas sociales consideradas valiosas. El Estado solo puede interferir en los derechos fundamentales de los individuos apelando a la defensa de otros derechos individuales (concebidos como derechos de individuos y no de colectivos), o bien a razones de

Jürgen Habermas manifiesta que la teoría de Dworkin tiene la pretensión de superar las carencias que muestran las teorías realista, positivista y hermenéutica, tratando de explicar en qué forma la práctica judicial puede simultáneamente satisfacer las exigencias de seguridad jurídica y de aceptabilidad racional⁸⁰.

Para este jurista norteamericano, es posible que una sociedad que en principio es justa, produzca leyes injustas. Un hombre tiene deberes, aparte de sus deberes para con el Estado, con Dios, con su conciencia; y si estos últimos se hallan contra el Estado, es la persona la que, en última instancia, tiene derecho a hacer lo que juzga correcto.

Para Dworkin la interpretación creativa adquiere su estructura formal de la idea de intención, no porque apunte a descubrir los propósitos de cualquier persona o grupo histórico en particular sino porque intenta imponer un propósito al texto, dato o tradición que se esté interpretando. Dado que toda interpretación creativa comparte esta característica y tiene por lo tanto un aspecto o componente normativo, es posible sacar provecho de la comparación del derecho con otras formas u ocasiones de interpretación. Se puede comparar al juez que decide qué es la ley en una cuestión no sólo con los ciudadanos de cortesía que deciden qué requiere la tradición, sino con el crítico literario que despedaza las distintas dimensiones de valor en una obra o poema complejo⁸¹. De este modo, para este jurista, en el ejercicio de interpretación del derecho se deben incorporar otras áreas del conocimiento y no circunscribirse al tenor literal de la norma; en consecuencia, se ratifica como la literatura puede ser un instrumento válido para la hermenéutica del derecho.

Asimismo, Dworkin compara la comprensión de una obra literaria con la interpretación del derecho, en la que la primera se realiza mediante una interpretación que ofrezca la imagen más favorable a la obra de arte en sí misma al igual que ocurre con el Derecho. Es como hace una comparación fructífera entre literatura y derecho al construir un género artificial de literatura que denomina: la *Novela en Cadena*.

emergencia actual y de gran magnitud. Igualmente, sostiene que no puede aceptarse la discreción judicial si se toman los derechos en serio, ya que el juez no está legitimado para dictar normas y menos para dictarlas en carácter retroactivo. Por ello, en los casos difíciles, los jueces deben recurrir a los principios y aplicarlos; de este modo, el Juez no crea derecho, sino que garantiza derechos que son cartas de triunfo frente al gobierno o las mayorías. En esta obra, Dworkin es un serio crítico del positivismo y el utilitarismo, al igual que de las posturas de Hart.

⁸⁰ ROJAS AMANDI Víctor. *Los derechos en serio*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2005.

⁸¹ DWORKIN Ronald. *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona, España: Editorial Gedisa, 1988, pp. 166

Este ejercicio literario es una empresa colectiva en la que un autor escribe el primer capítulo de una obra y sucesivos escritores añaden nuevos capítulos que continúan de forma coherente la historia iniciada por sus predecesores. Para poder llevarlo a cabo es necesario que interpreten todo lo que ha sido escrito con anterioridad. Ahora bien, no debe interpretarlo en un sentido intencionalista, porque, a excepción de lo que le ocurre al segundo escritor, no hay un solo autor⁸².

Para este autor, el ejercicio de interpretación con base en la metáfora de la novela en cadena⁸³, advierte que no existe una total libertad creativa ni una represión textual mecánica para llevar a cabo esta práctica, ya que la una está limitada por la otra; y llega a esta conclusión tomando como ejemplo la obra de Charles Dickens *A Christmas Carol*, a través de su personaje *Scrooge* y la forma como se puede interpretar este personaje dependiendo si se conoce solo el inicio o la parte final de la obra, y de cuyos momentos en particular dependería la interpretación de bueno o malvado del personaje.

La anterior, es la forma en la que debe comportarse el juez en un *hard case*, sobre todo en el common law. Debe extraer el argumento de las decisiones pasadas de los jueces, de las prácticas e interpretaciones anteriores. Y su misión no es descubrir las intenciones de los jueces o legisladores del pasado, sino alcanzar una opinión acerca de lo que esos jueces hicieron colectivamente.

De hecho, la decisión del juez debe provenir de una interpretación que se adapte y justifique lo que ha sucedido antes, hasta donde sea posible. Pero, afirma Dworkin, que, tanto en derecho como en literatura, el juego entre adaptación y justificación es complejo. Así como la interpretación dentro de una novela en cadena es para cada interprete un delicado equilibrio entre distintos tipos de actitudes literarias o artísticas, en derecho, es un delicado equilibrio entre convicciones políticas de diferentes tipos; tanto en derecho como en literatura, estos deben estar lo suficientemente relacionados, aunque desunidos para permitir un juicio general que cambia el éxito de una interpretación sobre un tipo de norma contra su fracaso sobre otro⁸⁴.

El juez que crea Dworkin es el *Juez Hércules*, quien ese encuentra a favor del derecho como integridad, decide sobre fundamentos de principio y no de política;

⁸² DWORKIN Ronald. *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. pp. 167.

⁸³ Para Dworkin, cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas, son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy.

⁸⁴ DWORKIN Ronald. *Op. Cit.* pp. 173.

permite que el alcance de sus interpretaciones se despliegue a partir de los casos oportunos a casos del mismo campo general o departamento del derecho y aún más lejos, tan lejos como resulte prometedor. Pese a que el juez omnisciente Hércules, es una visión utópica e idealista por parte de este jurista, tiene sentido en exigirle integridad, ponderación y criterio justo para resolver un caso difícil, le impone un reto complejo en aras de alcanzar la justicia. Asimismo, evoca la figura de *Hermes* como un juez que interpreta la ley en estricta función de la voluntad del legislador, labor que critica el autor, ya que se trata de una interpretación sesgada de la norma y por la imposibilidad de identificar tal voluntad.

Por otra parte, al ser el derecho una actitud protestante, donde la última palabra de los jueces no es necesariamente la mejor, tal y como lo afirma este jurista⁸⁵, confirma la necesidad de tomar mano de elementos de interpretación que no se agoten en lo estrictamente jurídico, y es allí donde la literatura juega un papel importante en este proceso hermenéutico de los fenómenos jurídicos, dotando de creatividad y comprensión de signos que alimentan los procesos cognitivos de la interpretación jurídica.

Dworkin aboga por la aplicación de la interpretación literaria como modelo que inspire el método de análisis legal y la interpretación jurídica en general, de acuerdo a su visión del derecho como integridad, donde la ley se interprete de la mejor manera posible, siendo la literatura la mejor herramienta para lograrlo. Además, afirma este jurista, que tanto el texto literario como el jurídico, contienen un criterio de intertextualidad y autorreflexividad; ambas contienen voces y reflexiones pasadas que sirven de base para la interpretación del derecho como integridad.

En definitiva, no es gratuito que Dworkin construya las metáforas acerca del papel del juez con base en héroes y personajes mitológicos protagonistas de diversos textos literarios, puesto que son estos personajes los que han cambiado la historia y la forma del ver el mundo de las culturas que los han adoptado; se caracterizan por su valentía y defensa de la humanidad, más allá de la objetividad de las leyes y dando prioridad a los principios naturales del individuo, son en últimas jueces íntegros como el ideal del derecho en Dworkin.

6.2. Hans George Gadamer

⁸⁵ Dworkin reconoce el rol creativo de las decisiones particulares y advierte que la actitud del derecho es constructiva y su objetivo en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor cumpliendo con el pasado. El autor exalta la figura del juez, porque argumenta que es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Donde lo concreto y singular del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley.

La filosofía hermenéutica de Gadamer no se presenta directamente como teoría de la decisión valorativa racional, sino como indagación de la dimensión ontológica del comprender. Lo que la filosofía hermenéutica de Gadamer intenta es mostrar esa dimensión esencial de la estructura ontológica del ser humano que viene dada por el comprender.

Gadamer sostuvo que la "verdad" y el "método" estaban en desacuerdo el uno con el otro, siendo muy crítico con los dos enfoques metodológicos que se emplean en el estudio de las ciencias humanas. Por un lado, fue crítico con los enfoques modernos que buscan modelar el método de las ciencias humanas al método científico; y por otro, con el método tradicional de las humanidades cuyo enfoque se hace explícito en la obra de Wilhelm Dilthey, quien creía que para lograr una interpretación correcta de un texto era necesario desentrañar la intención original que manejaba el autor cuando lo escribió. Gadamer, en contraposición, creía que el significado de un texto no es reducible a las intenciones del autor, sino que es dependiente del contexto de interpretación.

Explica Gadamer que no se puede negar, en cualquier caso, que la hermenéutica es una disciplina normativa y ejerce la función dogmática de complementación jurídica. Desempeña como tal una tarea imprescindible, porque ha de colmar el hiato entre la generalidad del derecho establecido y la concreción del caso individual. Por tanto, la forma de la literatura conviene en general a toda investigación científica por el mero hecho de encontrarse esencialmente vinculada a la lingüisticidad, puesto que el lenguaje es una experiencia del mundo que inserta al individuo en una comunidad lingüística, que determina su relación con el mundo; ya que, todo lo humano se debe hacer pasar por el lenguaje.

Frente a este argumento, Gadamer se apoya en la teoría del lenguaje de Wilhelm von Humboldt quien reconoció la esencia del lenguaje en la realización viva del hablar, en la *enérgeia* lingüística, principio activo y generatriz por el que el hombre no sólo se comunica con sus congéneres, sino que también percibe el mundo y lo real; rompiendo de este modo, con el dogmatismo de los gramáticos. Para Humboldt el lenguaje es una acepción del mundo, ya que permite que el mundo se represente (conceptualice) en el pensamiento; es decir, ni el mundo ni el pensamiento tienen una existencia previa a la intervención del lenguaje.

Por tanto, el lenguaje es un mediador, un puente entre el pensamiento (naturaleza interior) y el mundo (naturaleza exterior). Gracias al lenguaje se opera una síntesis entre la subjetividad del hombre y la objetividad del mundo⁸⁶.

⁸⁶ GALAN RODRIGUEZ Carmen. *La Teoría Lingüística de Wilhelm von Humboldt*. Recuperado de: http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/2679/0210-8178_17_165.pdf?sequence=1

Asimismo, este filósofo, concede a la labor del jurista un sentido más amplio, en la medida que aquel no debe sujetar su ámbito de estudios y análisis en lo racional – como en el intelectualismo de Kant-, sino que debe incorporar a su ejercicio una hermenéutica histórica. Es decir que, si se quiere adaptar adecuadamente el sentido de una ley es necesario conocer también su sentido originario; el jurista tiene que pensar también en términos históricos. El contenido normativo tiene que determinarse respecto al caso al que se trata de aplicarla. Y para determinar con exactitud este contenido normativo no se puede prescindir de un conocimiento histórico del sentido originario; por eso el intérprete jurídico tiene que implicar el valor posicional histórico que conviene a una ley en virtud del acto legislador. De tal modo que, la interpretación debe evitar la arbitrariedad y las limitaciones surgidas de los hábitos mentales, centrando su mirada en las cosas mismas, en los textos.

En definitiva, Gadamer confiere a las ciencias del espíritu como la literatura, un valor importante en la tarea del jurista al momento de interpretar la ley; y concibió la hermenéutica no como un método, sino como una capacidad del ser humano; es decir, que reconoció más posibilidades de entendimiento y conocimiento a través de la hermenéutica, que una mera herramienta “científica y objetiva” que busca significados.

6.3. Richard Posner⁸⁷

Este jurista norteamericano fue uno de los personajes que se enfrentó a las teorías que formulaban las relaciones entre el derecho y la literatura. Aunque al inicio, negó categóricamente que existiese dicha relación, en sus últimos escritos admitió unas cuantas relaciones. De acuerdo con Richard Posner, el interés de los escritores por el derecho tiene una explicación clara: la ley es un fenómeno humano tan invariable, tan permanente, como la muerte, el amor, la traición, etc.

Posner estima que el estudio de la literatura tiene poco para contribuir a la interpretación de los estatutos y constituciones, pero si tiene algo para aportarle es quizás al entendimiento y mejora de las opiniones judiciales⁸⁸. Es agudo al

⁸⁷ Richard Allen Posner es uno de los principales exponentes del movimiento del Análisis Económico del Derecho. Por tanto, le niega autonomía al derecho y lo supedita a la economía liberal, proponiendo una racionalidad económica y jurídica positivista, y se opone a la teoría constitucional por los principios axiológicos reivindicatorios. Según el jurista, el economista puede predecir el efecto de las normas jurídicas y de los convenios sobre valor y eficiencia, y sobre la existente distribución del ingreso y la riqueza. En consecuencia, argumenta que entre el orden legal y económico existe una profunda relación; y se opone a basar el derecho en teorías constitucionales.

⁸⁸ POSNER Richard. *Law and Literature: A Relation Reargued*. University of Chicago Law School Chicago Unbound. Volume 72, Number 8. Journal Articles. 1986.

En la introducción de su artículo, Posner es enfático al afirmar que entre el derecho y la literatura no existe relación importante: *“I shall argue, among other things, that the study of literature has little to contribute to*

sostener que a pesar que los escritores que se valoran han incluido constantemente la ley en sus textos, no significa que esos escritos acerca de la ley, tengan algún interés para que el abogado dilucide. Para tal argumento, toma como ejemplo a la obra de Shakespeare “*El mercader de Venecia*” en el cual la disputa legal no es lo importante, sino los modos de interacción social, donde Shylock el judío simboliza el rechazo al amor, a favor de los intereses comerciales personales; Antonio es el símbolo de Cristo y Porcia símbolo del buen sentido. Y el segundo ejemplo, es la obra “*El Proceso*” de Kafka, donde los detalles de dicho proceso son solo la reproducción del procedimiento criminal Austro-Húngaro, pero no representan interés alguno en cuanto a los procedimientos legales y la ley.

De tal modo, para Posner los aspectos legales plasmados en la literatura no van más allá de lo simbólico y estético, desconociendo que los textos legales también contienen ficciones que han sido incorporadas como valores, a saber, la igualdad, la libertad, etc; además de los problemas comunes que comparten el derecho y la literatura, entre otras relaciones no reconocidas por este jurista. Del mismo modo, en la interpretación de los textos literarios que son ambiguos, el crítico no impone su punto de vista acerca del mismo, pero la corte que interpreta los textos legales ambiguos, está imponiendo su punto de vista a toda la sociedad con las consecuencias que la misma implica. Por ello, concluye, que la interpretación de la legislación en especial la constitucional, sea problemática en la forma que la libre interpretación de la literatura jamás será.

Para él, entre el derecho y la literatura hay significativos puntos en común, pero las diferencias son importantes: el derecho es tanto un sistema de control social como un cuerpo de textos, en el que su estudio está iluminado por las ciencias sociales y juzgado por el criterio de la ética; mientras que la literatura es arte y, con ello, los mejores métodos para interpretarla y evaluarla son los estéticos. De allí que su intención sea sólo describir los entrecruzamientos interdisciplinarios entre ambas expresiones, ya que poco más se puede avanzar en ese sentido. Posner sostiene que tanto la obra de un poeta como la del legislador, para sobrevivir, deben ser hospitalarias con los cambios sociales y culturales.

No obstante, a su entender, el poeta trata de crear una obra de arte. Si tiene éxito, no es preocupación si sus intenciones fueron o no banales; si fracasa, tampoco preocupa lo elevado que fueron éstas. En cambio, la legislatura tiene una tarea distinta: dar mandatos a los jueces para que apliquen la legislación en casos específicos. Un mensaje cualquiera se propone instalar una cadena directa entre la mente del que lo emite y la de quien lo recibe. La orden, por el contrario, en su

the interpretation of statutes and constitutions but that it has something, perhaps a great deal, to contribute to the understanding and the improvement of judicial opinions”.

proceso comunicativo, no tiene en cuenta la intención del que lo recibe. Para este autor, la literatura no puede servir de guía normativa para la acción humana en tanto que el texto literario no es un texto que brinde autoridad. Sólo es un producto humano cuyo objetivo es procurar un placer estético y enseñar las profundidades y enigmas de la motivación humana.

Por otra parte, considera que la creación literaria es principalmente inconsciente y se caracteriza por su ambigüedad y generalidad. Circunstancias, todas ellas, opuestas a la materia jurídica. Sin embargo, Posner⁸⁹ reconoce que un sorprendente número de obras literarias se ocupan de procedimientos legales, donde algún tribunal de cierto tipo promueve un climax y ocupa un rol destacado; al igual que tanto la enseñanza legal como la literaria está directamente vinculada con el significado de los textos. En el caso del derecho hay constituciones, leyes, disposiciones administrativas, y fallos judiciales.

La interpretación, es por ello, una cuestión central en ambos campos. Igualmente, numerosos textos legales, especialmente fallos judiciales, se asemejan a los literarios en su retórica, más que a una fría exposición; y que la literatura es, tradicionalmente, materia de regulación legal y, ocasionalmente, objeto de litigios. Muchos de ellos, aluden a derechos de autor, a difamación, a obscenidad y semejantes.⁹⁰

Si bien es cierto que generalmente se lee por placer y no con el propósito de desentrañar los pensamientos secretos del autor⁹¹, tal y como lo afirma Posner, no se puede desconocer que el texto literario sorprende, conmueve, cuestiona y produce una serie de emociones y sensaciones, que posibilitan un acercamiento más íntimo y entrañable para el lector, y que, dependiendo del tipo de literatura, produce inquietudes y conocimientos más allá del mero placer de leer.

⁸⁹ Posner advierte que la literatura enseña a los juristas a entender mejor la naturaleza de las opiniones judiciales y que reduce el número de las malas opiniones escritas. El estudio de la literatura, advierte, es también valiosa para un juez, el abogado, el practicante en la medida que les permite construir o deconstruir los textos. La ayuda que la literatura le presta al derecho es reconocida por Posner pero de una forma más limitada y reducida que James White, quien, para Posner, trata de hacer que la profesión legal se sienta bien consigo misma con respecto a lo que hace, y cuyos textos de literatura y derecho, contienen más literatura pero poco derecho.

⁹⁰ MARI Enrique. *Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja*. DOXA 21-II (1998). Universidad de Buenos Aires (Argentina). pp. 251-287.

⁹¹ POSNER Richard. *Law and Literature: A Relation Reargued*. University of Chicago Law School Chicago Unbound. Volume 72, Number 8. Journal Articles. 1986.

7. LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA LITERATURA

“No la ciencia, sino la literatura, ha sido la primera en bucear las simas del fenómeno humano y descubrir el escalofriante potencial destructivo y autodestructor que también lo conforma”

Mario Vargas Llosa

Tanto el derecho como la literatura son el reflejo de los ideales de una sociedad en un espacio y un tiempo particular; en ambos se rastrea la ontología del ser humano, sus libertades, límites, sus conductas calificadas de aceptables o no acorde a un sistema “objetivo” impuesto por entes ajenos a este.

El derecho y la literatura son productos históricos del hombre, al interior de los cuales se descubre la esencia del ser humano, que se transforman y se adecuan a una época en particular; ambas son la cara opuesta de una misma moneda, debido a que el derecho surge de la imperante necesidad de organizar y estructurar una sociedad, de regular las conductas del hombre no solo desde lo personal sino también desde lo colectivo, pero al mismo tiempo por naturaleza, el ser humano requiere expresar, canalizar y vivir las emociones y ambigüedades que le son propios, por ello la literatura como fenómeno estilístico y creativo juega un papel protagónico en esta diada.

Purificar el derecho y abstraerlo de todo lo que le rodea es una pretensión insuficiente que no supe las necesidades de este siglo, ya que el derecho es una ciencia social que no es posible desligar de su contenido axiológico, que ha atravesado las diversas transformaciones que ha sufrido la sociedad; el derecho debe alimentarse de otras disciplinas como la literatura, conocimiento que pese a ser extrajurídico cuenta con una riqueza inagotable de humanismo de la cual los operadores jurídicos pueden tomar ventaja y de este modo enriquecer el estudio, investigación y práctica del derecho.

La literatura contribuye a ampliar la imaginación y los criterios de análisis e interpretación en los jueces y abogados, permite reflexionar alrededor de los temas y conductas que se presentan en la sociedad, le permite a los profesionales del derecho acercarse a los conflictos que se desatan en el individuo tanto externa como internamente, y entender que el hombre no es solo el destinatario de una norma fría e inaccesible, no es un ente abstracto, sino que es un ser dotado de humanidad y complejidad, sin que esto quiera decir entonces que el derecho debe aplicarse como se hace en los grandes obras; por el contrario, estas obras son un caldo de cultivo de pasiones, emociones, sistemas axiológicos y éticos, que amplían el conocimiento del mundo y abren la puerta a la complejidad del ser

humano protagonista de la norma, para de este modo comprender una situación concreta.

¿Qué sería de la sociedad sin el derecho? Una sociedad en absoluto caos, en guerra constante, más egoísta, insensible y a la deriva. ¿Qué sería del hombre sin la literatura? Un hombre sin sueños, sin esperanza, sin creatividad estética y sin alma. La literatura despierta la empatía, la bondad, la solidaridad, tan necesarias al momento de materializar las normas. En palabras del filósofo estadounidense Richard Rorty, la literatura es importante cuando se trata de conseguir un progreso moral; la literatura contribuye a la ampliación de la capacidad de imaginación moral, porque hace más sensible al hombre en la medida que profundiza en su comprensión de las diferencias entre las personas y de la diversidad de sus necesidades; así, la literatura promueve un sentido genuino de la solidaridad humana, que busca la descripción de experiencias humanas concretas, como el dolor o la traición, las que al ser compartidas generan la necesaria empatía desde la cual se gestó la solidaridad y la compasión⁹².

Otra de las virtudes de la literatura vista como un aporte para el derecho, es la capacidad que la misma tiene para generar cuestionamientos e inquietudes frente a los sistemas axiológicos que imperan en la sociedad, cualesquiera que esta sea, ya que el contenido de los valores no se encuentra agotado, ni son absolutos, en la medida que estos se adecuan a una realidad en concreto, la cual se refleja en obras literarias, permitiendo al lector jurídico controvertir o coincidir con la visión axiológica planteada en la literatura.

Lo anterior, abre la puerta al ejercicio expuesto por Nietzsche: “... *necesitamos una crítica de los valores morales, hay que poner alguna vez en entredicho el valor mismo de esos valores -y para esto se necesita tener conocimiento de las condiciones y circunstancias de que aquéllos surgieron, en las que se desarrollaron y modificaron...*”⁹³; en otras palabras, se debe cuestionar en los valores aquello que se supone agotado, dado y real, hay que poner en entredicho el valor de esos valores, puesto que, como lo afirma Nietzsche⁹⁴, los hombres de posición superior se arrogaron el derecho de crear valores y de acuñar nombres de valores; dicho discusión la permite la literatura.

El derecho regula las conductas, pero no puede refrenar las pasiones y los instintos del hombre; allí es el lugar en el que fracasan aquellos teóricos que

⁹² VASQUEZ ROCCA Adolfo. *Rorty: El giro narrativo de la Ética o la Filosofía como género literario*. A Parte Rei. Revista de Filosofía. No. 42 Noviembre 2005.

⁹³ NIETZSCHE Friedrich. *La genealogía de la moral*. Biblioteca Nietzsche. Alianza Editorial Madrid (2005). Pág.

28

⁹⁴ *Ibidem*.

adornan la noma con área de absoluta objetividad, porque la regla es que el ser humano no renuncia ni sacrifica su verdad, sus deseos ni su corazón.

La literatura posibilita conocer y ahondar en la condición humana, aspecto que importante a tener en cuenta en el derecho, que regula precisamente al ser humano y sus conductas que nacen de su propia complejidad y esencia. Al mismo tiempo, la literatura es libertad, y en ella se pueden rastrear las dimensiones que aportan a la humanización del derecho, a saber: la literatura como representante de la cultura, como lugar de convergencia de las manifestaciones humanas, y como un ámbito testimonial en el que se identifican tendencias momentos históricos y demás.

Además, la literatura enriquece la dimensión humana y expande la visión de mundo, permitiendo construir sentidos que transformen la realidad. Amplia la empatía en el lector desarrollando su comprensión de la naturaleza y motivación humana, que le permite en la experiencia de la lectura, participar en la vida de otra persona. Así, como el lector se hace partícipe de otras experiencias, mundos, sentimientos y acontecimientos, que le permite reflexionar sobre sí mismo y los demás.

Los procesos cognitivos y emotivos que lleva a cabo el individuo al estar en contacto con una obra literaria, posibilitan la introspección y reflexión acerca de diversas situaciones que se presentan en el ámbito jurídico, y enriquecen el estudio y decisión acerca de las mismas. La literatura amplía el horizonte en el estudio del derecho, en la medida en esta se interrelacionan las dimensiones del sujeto, como son la espiritual, afectiva, ética, comunicativa, socio política, solo por señalar algunas, ya que el texto literario cuestiona a su lector, lo seduce y lo invita a asumir una postura de acuerdo a sus convicciones personales y sociales, al igual que ocurre con los fenómenos jurídicos que no se agotan en la simple aplicación de una norma a una conducta reglada, sino que debe partir de una profunda reflexión consiente del operador jurídico.

La práctica del derecho le impone al individuo inmerso en esta disciplina, la responsabilidad de conocer la sociedad en la que se materializa el sistema jurídico, de conocer la historia y la función de otros sistemas en diferentes sociedades, y ahí es donde la literatura juega un rol fundamental para dicho fin, ya que, entre otras virtudes, lo literario culturiza y amplía el conocimiento de quien se acerca seriamente a ella.

En la actualidad, pocos son los profesionales en derecho que se interesan por conocer e indagar sobre los fenómenos sociales y movimientos intelectuales que han trazado la historia del hombre a lo largo de su existencia; solo existe un

conformismo frente a la obtención de un título en ciencias jurídicas con el cual alardear y alcanzar un estatus, dejando de lado el humanismo y el tacto que debe tener dicho profesional, puesto que los conflictos que enfrenta son de toda naturaleza con un único origen: el hombre. Al respecto, Ángel Osorio en su libro *El Alma de la Toga*, advierte una realidad actual:

“De la Facultad se sale sabiendo poner garbanzos de pega en los rieles del tranvía, acosar modistas, jugar al monte y al treinta y cuarenta, organizar huelgas, apedrear escaparates, discutir sobre política, imitar en las aulas al gallo y al burro, abrir las puertas a empujones, destrozar los bancos con el cortaplumas, condensar un vademécum en los puños de la camisa, triunfar en los bailes de máscaras, y otra porción de conocimientos tan varios como interesantes. El bagaje cultural del alumno más aprovechado no pasa de saber decir de veinticinco maneras-tantas como profesores- el «concepto del Derecho», la «idea del Estado», la importancia de nuestras asignaturas (cada una es más importante que las otras para el respectivo catedrático), la «razón del plan» y la «razón del método. De ahí para adelante, nada” (Osorio y Gallardo, 2005, pp. 2)

Dicha realidad puede ser transformada a través del conocimiento y ejercicio literario en las facultades de derecho, sin que ello pretenda convertir en licenciados en literatura a los abogados, pero si orientar y desarrollar procesos literarios en el ámbito jurídico con el fin de humanizar la profesión jurídica, tan necesaria hoy más que nunca en la sociedad actual, cuya dinámica es tan cambiante e inestable, llena de conflictos impensables y de tecnologías que desbordan la imaginación del hombre. Hoy más que nunca, es necesario el estudio de la literatura, con el fin de combatir los “prototipos” de hombre que el siglo XXI impone, en el que el conocimiento es descartable en esta sociedad líquida.

La literatura es la vida misma porque allí reposan los grandes conflictos del hombre desde lo particular a lo social, y por ello es una gran herramienta para humanizar la ciencia jurídica:

“Postulado: que lo que al Abogado importa no es saber el Derecho, sino conocer la vida. El Derecho positivo está en los libros. Se buscan, se estudian, y en paz. Pero lo que la vida reclama no está escrito en ninguna parte. Quien tenga previsión, serenidad, amplitud de miras y de sentimientos para advertirlo, será Abogado;

quien no tenga más inspiración ni más guía que la de las leyes, será un desventurado ganapán.” (Ossorio y Gallardo, 2005, pp. 12)

La literatura, posibilita, a través de las complejas situaciones que presenta en sus historias, que el profesional en derecho reflexione e interprete las mismas desde la óptica jurídica, es decir, obras como las estudiadas previamente, son una gran oportunidad para analizar temas jurídicos como los contratos, los juicios, la propiedad, el matrimonio, entre otros, que amplían la imaginación y el criterio interpretativo de quienes ejercen el derecho, así como su capacidad argumentativa y expresiva. Igualmente, el derecho no puede ser ajeno a lo humano y a las expresiones culturales, puesto que aquel se materializa en lo particular y lo social, se transforma y desarrolla de conformidad con las colectividades en las que opera, por tanto, no puede ser ajeno a las mismas.

La literatura es una expresión cultural, rica en simbolismos, dotada de expresión sincera y sin perjuicios más de lo que se quiera retratar de una época en particular, devela hombres imperfectos y sociedades distópicas. Por su parte, el derecho, como lo afirma el jurista español Ángel Ossorio, más que intereses rige pasiones, y aun podría totalizarse la regla haciéndola absoluta porque detrás de cada interés hay también una pasión, y sus armas se hallan mejor acomodadas en el arsenal de la psicología que en la de los códigos. El amor, el odio, los celos, la avaricia, la quimera, el desenfreno, el ansia de autoridad, la flaqueza, la preocupación o el desenfado, la resignación o la protesta, la variedad infinita de los caracteres, el alma humana, en fin, es lo que el abogado trae y lleva. De suerte que la índole de la profesión invita, más que la del ingeniero, la del comerciante o el catedrático, a la contemplación del fenómeno artístico⁹⁵. Ya que, como el autor advierte, el abogado actúa sobre las pasiones, las ansias, los apetitos en que se consume la humanidad. Si su corazón es ajeno a todo ello, ¿Cómo lo entenderá su cerebro?

“La falta de lectura que excite la imaginación, amplíe el horizonte ideal y mantenga viva la renovada flexibilidad del lenguaje, acaba por dejar al abogado muerto en sus partes más nobles, y le reduce a una ley de enjuiciamiento con figura humana, a un curialete con título académico”. (Ossorio y Gallardo, 2005, pp. 101)

Asimismo, entre todas las virtudes que se puedan adjudicar a la literatura, una de ellas que en lo particular aporta a la ciencia del derecho, es que toma a su cargo muchos saberes tal y como lo advirtió Roland Barthes:

⁹⁵ OSSORIO Y GALLARDO Ángel. *El alma de la toga*. Editorial Porrúa. México. (2005) Pág. 97.

“... Si por no sé qué exceso de socialismo o de barbarie todas nuestras disciplinas menos una debiese ser expulsadas de la enseñanza, es la disciplina literaria la que debería ser salvada, porque todas las ciencias están presentes en el monumento literario. Por esto puede decirse que la literatura, cualesquiera fueren las escuelas en cuyo nombre se declare, es absoluta y categóricamente realista: ella es la realidad, o sea, el resplandor mismo de lo real. Empero, y en esto es verdaderamente enciclopédica, la literatura hace girar los saberes, ella no fija ni fetichiza a ninguno; les otorga un lugar indirecto, y este indirecto es precioso... La ciencia es basta, la vida es sutil, y para corregir esta distancia es que nos interesa la literatura. Por otro lado, el saber que ella moviliza jamás es ni completo ni final; la literatura no dice que sepa algo, sino que sabe de algo, o mejor aún: que ella les sabe algo, que les sabe mucho sobre los hombres”⁹⁶.

En el concepto de Barthes, se ratifica la riqueza que el texto literario aporta a su lector, porque está inmersa allí donde la ciencia, el formalismo y lo exegético de la norma no llega; conoce y retrata al individuo y sociedad, pero no tiene la verdad absoluta, porque tal vez no exista verdad, solo el acercamiento a una realidad que cambia a todo momento. Además, desde la forma y estructura de los textos literarios, Barthes advierte que se encuentran indicios que contienen datos que es necesario interpretar y descifrar, que remiten a una situación, clima o sentimiento; particularidad que no es ajena al ejercicio jurídico, debido a que en la norma y en los casos concretos también se deben identificar indicios que conducen a un panorama más amplio de los mismos. En conclusión, la literatura aporta al derecho no solo desde lo sensible, subjetivo y humano, sino desde lo formal y estructural.

A la par, Sartre afirma que es en el amor, en el odio, en la cólera, en el miedo, en la alegría, en la indignación, en la admiración, en la esperanza y en la desesperación como el hombre y el mundo se revela en su verdad⁹⁷; y estos son los elementos que se localizan en los textos literarios, dotados de toda la humanidad, lo bello, lo feo, lo bueno y lo malo:

“el escritor ha optado por revelar el mundo y especialmente el hombre a los demás hombres, para que estos, ante el objeto así puesto al desnudo, asuman toda sus responsabilidades. De nadie se supone que ignora la ley porque hay un código y la ley es una

⁹⁶ BARTHES Roland. *El Placer del texto y Lección inaugural*. De la cátedra de semiología literaria del College de France. Editor Digital Titivillus. Epub. (1982).

⁹⁷ SARTRE Jean Paul. *¿Qué es literatura?* Editorial Losada S.A. Buenos Aires. Argentina. 1957. Pág. 53.

*cosa escrita; después de esto, cada cual puede infringir la ley, pero a sabiendas de los riesgos que corre. Del mismo modo, la función del escritor consiste en obrar de modo que nadie puede ignorar el mundo y que nadie pueda ante el mundo decirse inocente.*⁹⁸

Desde la visión de Sartre, se confirma como la expresión literaria humaniza y sensibiliza el hombre; de como el objeto estético es propiamente el mundo en la medida en que es perseguido a través de imaginarios, la alegría estética acompaña a la conciencia posicional de que el mundo es un valor, es decir, una tarea propuesta a la libertad humana. En la alegría estética, la conciencia posicional es conciencia imaginante del mundo en su totalidad, como ser y deber ser a la vez; como también a la vez, totalmente propio y totalmente extraño, tanto más propio cuanto más extraño sea⁹⁹. Así, la literatura facilita la comprensión de otras existencias, de otros mundos, de otros seres y de sus esencias, posibilita un acercamiento como propio a otras realidades, que despierta en el lector una serie de sentimientos y emociones ante sucesos que no le son indiferentes por mucho que se trate de una obra literaria; en otras palabras, el discurso literario no pasa desapercibido ante quien a él se acerca, ya que seduce, genera emociones, despierta sentidos, despierta HUMANIDAD.

*“... la generosidad debe ser la trama misma del libro, la materia con la que se labran los hombres y las cosas; sea cual sea el tema, debe manifestarse por todas partes una ligereza esencial, que recuerde que la obra no es nunca un dato natural, sino una exigencia y una donación. Y si me dan este mundo con sus injusticias, no es para que contemple estas con frialdad, sino para que las anime con mi indignación y para que las revele y cree con su naturaleza de tales, es decir, de abusos que deben ser suprimidos.”*¹⁰⁰

De otro lado, se comparte la concepción de literatura que tiene Claudio Magris, al considerar que la gran literatura tiene la capacidad de cambiar un poco el mundo. Advierte que la literatura, tiene la función de recoger, quizás, aquello que hay en una determinada situación, lo que puede ser posible y que aún no sucede, es decir lo que está fluctuante. Es necesario ver no sólo la fachada de la realidad sino todo aquello que la permea, lo que está detrás y que en un futuro pudiera tomar su curso.

⁹⁸ SARTRE Jean Paul. *Op. Cit.* Pág. 54.

⁹⁹ SARTRE Jean Paul. *¿Qué es literatura?* Editorial Losada S.A. Buenos Aires. Argentina. 1957.

¹⁰⁰ SARTRE Jean Paul. *¿Qué es literatura?* *Op. Cit.* Pág. 82.

Magris, con profunda sensibilidad y juicio, resalta la importancia de la escritura y la creación literaria, reconociendo como aquellas transforman el mundo, imponiendo fronteras y transgrediéndolas, y como la escritura ético-política y literaria son como lápices de colores diferentes. En este sentido, manifiesta que hay tantas escrituras: las que dan voz a la tragedia y al horror de la vida y aquéllas que dan voz a su encanto; las que se obsesionan con la verdad y aquéllas que pretenden reinventar el mundo. Está la escritura que nace en la cabeza, en el conocimiento intelectual, y aquélla que nace en la mano, en la creatividad que ignora que el autor entiende menos su obra que los demás. Hay la escritura que informa sobre el mundo, que detecta las necesidades y denuncia las injusticias; también la escritura que se practica como “buen combate”, en defensa del ser humano, y hay la escritura que se practica con absoluta e irresponsable libertad. Hay una increíble paleta de colores diferentes, a veces cada uno separado en su propio recipiente, como en la escuela, en las clases de dibujo y pintura con acuarelas, y otras veces mezclados en un color imposible de nombrar¹⁰¹.

Lo anterior, confirma como el arte literario a través de la escritura, conduce al lector a un sin número de posibilidades, lo lleva por mundos y realidades inimaginables, le abre las puertas a lo posible y lo imposible, le muestra la luz y lo conduce a la oscuridad.

Igualmente, la literatura puede ser la respuesta a los cuestionamientos que se plantea el jurista y filósofo belga Francois Ost¹⁰²: ¿No es tiempo de pensar el derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de la verdad? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera a aplicar el derecho? La literatura está cargada de sentidos, signos y símbolos que expanden el conocimiento hacia otras realidades y mundos, donde no existe una sola verdad sino múltiples de estas; el discurso literario es diverso y plural, en el que circulan sentidos y es fuente inagotable de experiencias y conocimiento.

Este jurista al crear un curso sobre “*Derecho y Literatura*” en una universidad de Bélgica, reconoce las bondades de la enseñanza de lo literario en las facultades de derecho, al advertir que frecuentar la literatura se puede esperar la adquisición de cualidades humanas, al inculcar competencias esenciales en derecho, tales como la capacidad de escuchar, la aptitud de pronunciar un discurso que tome en

¹⁰¹ MAGRIS Claudio. *Lápices de Colores*. La Gaceta. Fondo de Cultura Económica. No. 530 de Febrero de 2015. Recuperado de: https://www.fondodeculturaeconomica.com/subdirectorios_site/gacetas/FEB_2015.pdf.

¹⁰² OST Francois. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. ACADEMIA. Revista sobre enseñanza del derecho, Año 4, Numero 8, 2007, ISSN 1667-4154, págs. 101-130.

cuenta la sensibilidad del auditorio, y el don de convencer con el fin de alcanzar un objetivo preestablecido¹⁰³.

Igualmente, el filósofo francés Edgar Morin exalta la importancia del texto literario en la vida del hombre, declarando que la literatura es fundamental para comprender el mundo humano, puesto que a través de las novelas se pueden entender las distintas formas del amor y la ambición, su papel central en la sociedad; para argumentar su tesis trae como ejemplo la obra de Proust como modo de conocimiento más sutil, al igual que la poesía que establece una comunicación con la cualidad poética de la vida. En su concepto la vida es una alternancia de prosa y poesía, piensa que no hay un solo conocimiento que no tenga valor.

De otro lado, la literatura al ser un relato vivo, más allá de su valoración estética, induce a los representantes jurídicos en la historia y acontecimientos de la humanidad, transmite costumbres y valores que son un valioso objeto de reflexión para aquellos, provocando la empatía que humaniza las prácticas legales. De hecho, Gadamer lanza un concepto de la literatura que indirectamente revela como el contenido de aquella es, en definitiva, un gran aporte para o jurídico, sin ser pretensión del autor que así lo sea:

“...la literatura es más bien una función de la conservación y de la transmisión espiritual, que aporta a cada presente la historia que se oculta en ella. Desde la formación de cánones de la literatura antigua que debemos a los filólogos alejandrinos, toda la sucesión de copia y conservación de los «clásicos» constituye una tradición cultural viva que no se limita a conservar lo que hay, sino que lo reconoce como patrón y lo trasmite como modelo”. “Lo que se incluye en la literatura universal tiene su lugar en la conciencia de todos. Pertenece al «mundo»”¹⁰⁴.

Solo por citar algunos ejemplos de la importancia de la literatura en el ámbito jurídico, se resaltan los textos literarios griegos, cuya cultura y la épica tiene un gran valor puesto que, como advierte Jaeger, de ella viene la tragedia, la comedia, el tratado filosófico, el diálogo, el tratado científico sistemático, la historia crítica, la biografía, la oratoria jurídica y encomiástica, la descripción de viajes, las memorias, las colecciones de cartas, las confesiones y los ensayos¹⁰⁵.

¹⁰³ OST Francois. *Derecho y Literatura: En la frontera entre los imaginarios jurídico y literario*. trad. de Oscar Enrique Torres, en Torres, Oscar Enrique (coord.), *Derecho & Literatura. El derecho en la literatura*, México, Editorial Libitum, 2017.

¹⁰⁴ GADAMER Hans George. *Verdad y Método I*. Ediciones Sígueme – Salamanca. 1993. pág. 105, 106.

¹⁰⁵ JAEGER, Werner. *“Paideia: los ideales de la cultura griega”*. Cap. III. 1933.

De este modo, se procura proyectar dichos textos de manera más dinámica, analítica, enriquecedora y sobre todo, orientadas al constructivismo y humanismo.

Igualmente, la literatura es una herramienta sin precedente para la creación científica y artística, abre la mente, expande la imaginación, cuenta la historia de los pueblos y el hombre; es como la define Martha Nussbaum: *“La literatura expresa, en sus estructuras y formas de decir, un sentido de la vida que es incompatible con la visión del mundo encarnada en los textos de economía política, y modela la imaginación y los deseos de una manera que subvierte las normas racionales de dicha ciencia.”*¹⁰⁶ La literatura brinda la oportunidad de imaginar, soñar y crear nuevas formas de conocer el mundo, de incluirse en el otro y en las diferencias que los apartan de los mismos, entendiendo que son esas diferencias las que construyen el mundo y enriquecen las culturas; despierta emociones y sentimientos como la compasión o la solidaridad, cuando se lee sobre situaciones de personas menos afortunadas, o rabia e impotencia por situaciones de desigualdad e injusticia, que conducen a la reflexión y a la construcción de un pensamiento crítico.

La literatura, según Nussbaum, brinda al individuo la capacidad de sentir un interés genuino y empatía por el otro; en la que la imaginación y la fantasía de sus narraciones sensibiliza a los actores jurídicos y los dota de herramientas para estudiar y decidir los conflictos que se presentan de una forma más sensible y humana. Afirma que la literatura es una extensión de la vida no sólo horizontal, poniendo al lector o a la lectora en contacto con acontecimientos, lugares, personas o problemas que de otro modo no puede conocer, sino también, por así decir, vertical, proporcionando al lector una experiencia que es más profunda, más intensa y más precisa que gran parte de lo que tiene lugar en la vida.

De otro lado, los textos literarios ponen en juego diversas competencias de gran importancia para los actores del derecho, tales como la cognitiva, que implica procesos mentales de comprensión, razonamiento, abstracción, resolución de problemas, aprendizaje de la experiencia y adaptación al entorno; hermenéutica que implica la capacidad de comprensión, interpretación y contextualización de los acontecimientos sociales y la realidad que se va a investigar; competencias en producción de textos en los que se plantean problemas, hipótesis, tesis y posibles soluciones, fundamentadas en el rigor jurídico y científico; y la competencia interpersonal que consiste en las subjetividades exteriores, en tener en cuenta el mundo más allá de la individualidad; es la capacidad de comprender a los demás,

¹⁰⁶ NUSSBAUM, Martha. *“Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública”*. Editorial Andrés Bello, pág. 25.

como operan, como trabajan cooperativamente entre todos y la capacidad de entender el punto de vista ajeno.

La gran narrativa literaria restituye un aspecto inusual a lo familiar y a lo habitual “extrañando”, como solían decir los formalistas rusos, al lector de la tiranía de lo que es irresistiblemente familiar. Ofrece mundos alternativos que echan nueva luz sobre el mundo real. Para efectuar esta magia, el principal instrumento de la literatura es el lenguaje: son sus traslados y los recursos con los que traslada nuestra producción de sentido más allá de lo banal, al reino de lo posible. Explora las situaciones humanas mediante el prisma de la imaginación¹⁰⁷. Así, la formación literaria es aconsejable para los abogados, porque esta enseña a dominar los conflictos, a preverlos y a no repetirlos.

En conclusión, el estudio y análisis del derecho debe estar acompañada de estudios interdisciplinarios (en el caso particular de la literatura), puesto que lo social esta matizado y compuesto de múltiples saberes, conflictos, intereses, que solo pueden ser comprensibles desde diferentes aéreas del conocimiento que resuelven los diferentes puntos de vista. En la actualidad, no es posible ni conveniente pensar el derecho como en su momento lo hizo Hans Kelsen, como autosuficiente y aislado de cualquier influencia. La interdisciplinarietà (desde lo literario) ofrece la posibilidad de educar a los profesionales de esta área, de una manera integral, que les permita derribar las barreras y borrar los límites del conocimiento y la imaginación. Al final, en la literatura se hace visible lo invisible.

La complejidad del derecho y los sistemas jurídicos que crea, hace imprescindible el ejercicio de pensar, analizar y estudiar desde diferentes áreas (en lo particular desde la literatura) el fenómeno jurídico, haciendo uso de herramientas hermenéuticas y axiológicas, proporcionadas por la literatura, con el propósito de revelar la esencia de lo jurídico. A los actores jurídicos no le es dable desconocer la función social del derecho, ni le basta conocer el derecho positivo para resolver los casos y los intereses particulares, desprovisto de todo contenido filosófico y literario, puesto que priva a los demás y así mismo de transformar el derecho y hacerlo mejor.

En definitiva, la literatura opera como un instrumento inquietante en la medida que presenta fenómenos sociales y jurídicos de gran interés para el derecho, permitiendo que los actores de esta ciencia no sean simples espectadores, sino constructores, transformadores y críticos de esa realidad; a través de la literatura se descubren nuevas realidades y problemáticas, siendo los actores jurídicos quienes a su vez encuentren las posibles soluciones a esas inquietudes,

¹⁰⁷ BRUNER Jerome. *La Fábrica de Historias. Derecho, literatura, vida*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 24

interiorizando de esta manera, su rol protagónico en el saber y en el devenir social y profesional. Ante todas estas y otras bondades del arte literaria, solo resta cuestionar: ¿Cómo no acoger *abiertamente la literatura en la ciencia jurídica*?

8. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES Rafael Enrique y GONZÁLEZ CRUZ Joaquín. Derecho, Verdad y Poder en la teoría político-jurídica de Michel Foucault. Revista de Filosofía. A Parte Rei 74. Marzo 2011. Recuperado de: <http://serbal.pntic.mec.es/AParteRei/portales74.pdf>
- BARTHES Roland. (1982). El Placer del texto y Lección inaugural. De la catedra de semiología literaria del College de France. Editor Digital Titivillus. Epub
- BERMUDO, J.M. Libertad, Igualdad y Justicia en Hobbes. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/24692/1/21894-75057-1-PB.pdf>
- BOBBIO Norberto. (1993) Igualdad y Libertad. Ediciones Paidós Ibérica S.A. I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona. España.
- BRUNER Jerome. (2003). La Fábrica de Historias. Derecho, literatura, vida. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, Argentina.
- CARDENAS SIERRA Carlos Alberto, GUARIN RAMIREZ Edgar Antonio. (2010). Filosofía y Teoría del derecho. Tomas de Aquino en dialogo con Kelsen, Hart, Dworkin y Kaufmann. Universidad Santo Tomas. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria. Bogotá, Colombia.
- COSSIO Carlos. (1956). Los valores jurídicos. Anuario de Filosofía del Derecho, Nº IV, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid.
- DE SOUSA SANTOS Boaventura. (2006). Conocer desde el Sur. Para una cultura política emancipatoria. Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales UNMSM. Programa de Estudios sobre Democracia y Transformación Global. Lima, Perú.
- DERRIDA Jacques. Ante la Ley. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/210928440/21704279-Derrida-Jacques-Ante-La-Ley-pdf>.
- DERRIDA Jacques. (1992) Fuerza de la Ley: El “Fundamento Místico de la Autoridad”. DOXA 11. Cuadernos de Filosofía del derecho. pp. 129-191
- DOSTOEVSKI Fiodor. Crimen y Castigo. Secretaria de Cultura de México. Recuperado de: http://dgb.conaculta.gob.mx/coleccion_sep/libro_pdf/31000000403.pdf.
- DWORKIN Ronald. (1988) El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- DWORKIN Ronald. (1984). Los Derechos en serio. Editorial Ariel S.A. Barcelona España.
- FOUCAULT Michel. (1976). Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión. Siglo Veintiuno Editores Argentina. buenos Aires, Argentina

- FOUCAULT Michel. (1995). La verdad y las formas jurídicas. Gedisa Editorial. Barcelona, España.
- GADAMER Hans George. (1993) Verdad y Método I. Ediciones Sígueme – Salamanca.
- GADAMER Hans George. (1998) Verdad y Método II. Ediciones Sígueme – Salamanca.
- GALÁN RODRÍGUEZ Carmen. La Teoría Lingüística de Wilhelm von Humboldt. Recuperado de: http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/2679/02108178_17_165.pdf?sequence=1
- HOBBS Thomas. La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Leviatán. Editorial Skla. Bogotá, Colombia.
- HOLT CORREA Emilia Jocelyn. (2013). Jurídicamente Literario: análisis literario del derecho. El estado de la discusión y proyecciones para Chile. Universidad de Chile. Revista DERECHO Y HUMANIDADES, N° 22, pp. 239-259
- JAEGER, Werner. (1933). Paideia: los ideales de la cultura griega.
- JIMÉNEZ Manuel de J, CABALLERO Rafael. El Movimiento Derecho y Literatura. Aproximaciones históricas y desarrollo contextual. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- KAFKA Franz. El Proceso. Colección Clásicos Universales.
- KANT, IMMANUEL. (2007). Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa. San Juan, Puerto Rico.
- KROPOTKIN, P. Ética: Origen y evolución de la moral. Recuperado de: <http://www.alcoberro.info/V1/kant17.pdf>
- KANT Immanuel. (2003). Crítica de la Razón Práctica. Buenos Aires, Editorial La Página S.A. Recuperado de: http://www.manuellosses.cl/VU/kant%20Immanuel_Critica%20de%20la%20razon%20practica.pdf .
- KARAM TRINDADE André y MAGALHÃES GUBERT Roberta. (2009). Derecho y Literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año III, Número 4. Universidad de Buenos Aires.
- MAGRIS Claudio. (2015). Lápices de Colores. La Gaceta. Fondo de Cultura Económica. No. 530. Recuperado de: https://www.fondodeculturaeconomica.com/subdirectorios_site/gacetas/FEB_2015.pdf.
- MALO ARISTIZÁBAL, Mario Madrid. (2004). Derechos Fundamentales. 3R Editores, Bogotá.

- MARI Enrique. (1998). Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar, pero en voz baja. DOXA 21-II Universidad de Buenos Aires (Argentina). pp. 251-287.
- MARAI Sandor. Divorcio en Buda (2004). Editorial Quinteto.
- MÁRQUEZ ESTRADA José. Derecho, Poder y Verdad. Una mirada desde la obra de Michel Foucault. Universidad de Cartagena.
- NIETZSCHE Friedrich. (2005). La genealogía de la moral. Biblioteca Nietzsche. Alianza Editorial Madrid.
- NIETZSCHE Friedrich. (1989). El crepúsculo de los ídolos o como se filosofa con el martillo. Alianza Editorial Madrid.
- NUSSBAUM, Martha. (1997) Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública. Editorial Andrés Bello. Santiago de Chile.
- OSORIO Y GALLARDO Ángel. (2005). El alma de la toga. Editorial Porrúa. México.
- OST François. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. ACADEMIA. Revista sobre enseñanza del derecho, Año 4, Numero 8, ISSN 1667-4154, págs. 101-130.
- OST François. Derecho y Literatura: En la frontera entre los imaginarios jurídico y literario. (2017). trad. de Oscar Enrique Torres, en Torres, Oscar Enrique (coord.), Derecho & Literatura. El derecho en la literatura, México, Editorial Libitum.
- OST François. El reflejo del derecho en la literatura. (2006). DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 ISSN: 0214-8676 pp. 333-348. Universidad San Luis Bruselas.
- PALENSIA SILVA Mario. (2013) Visiones de Mundo e ideas de Justicia en Divorcio en Buda, de Sandor Marai. Revista UIS Humanidades. Vol. 41, No. 1. pp. 37-45
- PÉREZ Carlos. (Abril 2006). Derecho y Literatura. ISONOMIA No. 24. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- PÉREZ MÁRQUEZ Raquel (2007) "El Proceso" de Kafka desde la retórica. Revistas científicas - UCM-Universidad Complutense de Madrid. Foro Interno. Pág. 93-121
- PISI DE CATALINI Marta. La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale. Biblioteca Digital Universidad Nacional de Cuyo. Argentina. pp. 49-89.
- POSNER Richard. (1986) Law and Literature: A Relation Reargued. University of Chicago Law School Chicago Unbound. Volume 72, Number 8. Journal Articles.
- ROUSSEAU Jean Jacques. (2007). El contrato social. Espasa Calpe S.A. Pozuelo de Alarcón, Madrid.

- RAWLS John. (1971) Teoría de la Justicia. Publicado por The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres. Recuperado de: <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ Edgardo. (Julio 2007) La idea de Derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, N° 6, pp. 29-56.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA José Maria. El Relativismo Jurídico de Radbruch y su consecuencia política. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2048021.pdf>
- ROJAS AMANDI Víctor. (2005) Los derechos en serio. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- ROJAS AMANDI Víctor Manuel. El concepto de Derecho en Ronald Dworkin. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 355-415
- RUIZ RODRÍGUEZ Virgilio. Filosofía del Derecho. Instituto Electoral del Estado de México. México 2009.
- SARTRE Jean Paul. (1957) ¿Qué es literatura? Editorial Losada S.A. Buenos Aires, Argentina.
- SHAKESPEARE William. El Mercader de Venecia. Freeeditorial.
- STAMMLER Rudolf. (2005). La génesis del derecho. Editorial Leyer. Bogotá, Colombia.
- STAMMLER Rudolf. Tratado de Filosofía del Derecho. Recuperado de: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/tratado/presentacion.html
- SICHES RECASÉNS Luis. Axiología jurídica y derecho natural. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/460/8.pdf>
- SOTO HOYOS, Juan Francisco. (julio – diciembre, 2014) Jurisprudencia literaria en Colombia: los usos de la literatura en las decisiones judiciales. Summa Iuris, 2. pp. 217-251.
- VALDIVIA LIMPIAS María Cristina. (2012) Filosofía del Derecho. Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra UPSA. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.
- VÁSQUEZ ROCCA Adolfo. (Noviembre 2005) Rorty: El giro narrativo de la Ética o la Filosofía como género literario. A Parte Rei. Revista de Filosofía. No. 42
- WAUTERS Bart, LLOPIS-LLOMBART Marco de Benito. (2013). Historia del derecho en Europa. Thomson Reuters Arazandi. Pamplona, España.